

TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS

JOAQUIM JOSÉ MIRANDA JÚNIOR

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da

Universidade de Coimbra

Doutorando em Direito pela Universidade do Museo Argentino

SUMÁRIO: Primeira parte – Ligeiras considerações sobre as provas em geral em Processo Penal – 1 Prova direta e prova indireta – 2 Quando é que são produzidas as provas ? – 3 Seria válida uma condenação baseada unicamente em prova trazida aos autos pela defesa? – 4 Presunção da inocência, *in dubio pro reo*, e ônus da prova de inocência – 5 Existe ônus da prova em Processo Penal? – 5.1 A intensidade da prova apresentada: absoluta ou relativa – 5.2 Presunção e ficção – 6 A prova das eximentes – 7 A questão das provas de ofício em matéria criminal – Segunda parte – Provas proibidas e provas ilícitas – 8 O magistrado vedando a produção de provas – 9 A lei proibindo a produção de provas – 9.1 A questão da prova extralegal – 9.2 Sistema de valoração da prova – 10 Provas proibidas em virtude de vício em sua obtenção – 11 O porquê da proibição de provas ilícitas – 12 A consequência da utilização de provas proibidas e suas derivadas – Terceira parte – A relatividade da proibição de provas – 13 Relatividade nas provas obtidas mediante tortura ou maus-tratos – 14 Relatividade nas provas conseguidas com infringência à intimidade – 14.1 O sigilo bancário – 14.2 As gravações não consentidas de conversas particulares – 14.3 Provas alcançadas com a violação às correspondências e ao domicílio da pessoa – 14.4 Provas granjeadas mediante devassa das comunicações – 15 Relatividade das provas consequenciais das proibições de prova.

PRIMEIRA PARTE

LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PROVAS EM GERAL NO PROCESSO PENAL

Nenhum direito do homem pode ser tido como absoluto, se eventualmente invocado em detrimento da vida, integridade física, liberdade ou segurança alheia.

Para Welzel (2003, v. 1, p. 27), “O direito penal é a parte do ordenamento jurídico que determina as ações de natureza criminal e as vincula com uma pena ou medida de segurança.” Enquanto isso, Bentham (1971, v. 1,

p. 10) assegura que “*El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.*” Reconstrução histórica de um fato que se pretende verdadeiro, a prova começou a adquirir seu sentido jurídico moderno a partir da disseminação do sistema de júri na Europa, no séc. XIII, e substituiu a prática de impor sofrimentos terríveis a acusados com o erroneamente chamado *juízo de Deus*. Prova¹ é um fato ao qual a ordem jurídica alia a produção de um certo efeito jurídico, visando com isso a aplicação do Direito, por meio de um processo, a um acontecimento concreto.

Do ponto de vista teleológico, a prova pode ser definida como o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação de convicção no julgador de que certa afirmação constante do processo é validamente aceitável como fundamento daquela decisão.

Destina-se a prova a demonstrar, positiva ou negativamente, que os fatos previstos hipoteticamente na norma ocorreram concretamente. É com ela que o julgador busca certeza íntima a respeito dos temas levantados nos autos processuais, para que possa solucionar o litígio.

Contrário à idéia universalista de que a prova visa demonstrar a realidade dos fatos, Silva (1993, v. 2, p. 78) defende que a prova visa demonstrar tão-só os fatos alegados pelas partes em um processo, seja ele civil ou penal. A

¹ Para além da definição do ponto de vista teleológico que segue no texto, encontramos na doutrina definições e conceitos vários para *prova*:

“Prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade.” (MALATESTA, 1912, p. 21).

“Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros (p. ex. peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.” (CAPEZ, 1999, p. 239).

“Posto um thema, as provas são os instrumentos empregues para demonstrá-lo segundo as regras do processo.” (SIRACUSANO, 1999-2001, p. 371).

O Código de Processo Penal português também parece dar uma contribuição, ao prever no art. 124 que “[...] constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do acusado e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis e os fatos relevantes para a determinação da responsabilidade civil.”

Ou ainda os excelentes contributos infracitados, coligidos por Ribeiro (1995, p. 5-22):

“Segundo COUTURE a palavra prova, etimologicamente falando, deriva do latim *proba*, ae, do verbo *probo*, denominativo de *probus*, que significa originalmente *que marcha recto, bueno, honesto, probo* [...] segundo CARNELUTTI, por ‘*prueba no se llama solamente el objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también el conocimiento mismo suministrado por el tal objeto*’ [...] para CARNELUTTI prova é o elemento que ‘*permite conocer la existencia material del hecho que luego él tiene que valorar jurídicamente*’ [...] Aproximando-se mais do critério subjetivo CHIOVENDA, quando diz: ‘Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo’ [...] Conforme S. SANTIS MELENDO ‘*prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia*’. Segundo DEVIS ECHANDIA, ‘*prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos*’. Consoante MITTERMAIER, ‘*prueba es la suma de los motivos que producen la certeza*’. E para J. BENTHAM, no seu mais amplo sentido, ‘*prueba es un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho*’, [...] E continua o autor dizendo mais adiante que: ‘*En todos los casos la prueba es un medio encaminado a un fin*’ [...] como bem demonstra o conceito do Prof. SÉRGIO G. PORTO, para quem ‘PROVA JUDICIAL é a reunião dos meios aptos a demonstrar (critério objetivo) e dos meios aptos a convencer o espírito de quem julga (critério subjetivo).’”

crítica que se faz a essa assertiva é que o Processo Penal, não apenas na fase da investigação mas igualmente na fase processual propriamente dita, deveria perseguir a mais ampla verdade fática, em especial se no caso concreto isso redundasse em benefício para a defesa do réu. Chama-se prova não apenas o resultado probatório mas também o *iter*, ou seja, a atividade destinada a produzir tal resultado. A prova só será interpretada como resultado do *itineraria probatoria*, se for suficiente para provocar no espírito do julgador a convicção de que certa alegação singular de fato, a existência ou não de certos fatos, pode ser justificavelmente aceita como fundamento válido da decisão a ser dada.

Importante nesse sentido o destaque de Asencio Mellado (1989, p. 61) para quem a prova, além de poder ser tida como atividade destinada a demonstrar a realidade dos fatos, vai mais longe, funciona como uma espécie de garantia de um processo justo, como forma de contenção de possíveis arbítrios. Eis que a demonstração da verdade não pode se dar a qualquer preço, senão nos estritos limites da licitude das provas. E mais ainda, as decisões judiciais não de ser obrigatoriamente fundamentadas e públicas, o que possibilita ampla fiscalização e controle sociais.

Na mesma acepção, Santis Melendo (1967, p. 524) já afirmava que a prova seria a manifestação mais metajurídica que encontramos no mundo do Direito, e também a mais indispensável, de forma que um processo sem prova carece de verdadeiro sentido.

1 PROVA DIRETA E PROVA INDIRETA

Diz-se direta ou imediata a prova quando o próprio órgão julgador procede a uma aquisição originária, ou seja, examina um fato principal e daí extrai direta e imediatamente sua percepção. Se assim não acontecer, a prova será mediata ou indireta por aquisição derivada (MENDES, 1961, p. 248) podendo se dar nas modalidades indiciária ou representativa.

É indireta indiciária a prova que o julgador obtém por dedução ou presunção baseada noutros fatos. É indireta representativa quando a informação é transmitida por outrem e a prova fica assim baseada na fé sobre as declarações humanas.

2 QUANDO É QUE SÃO PRODUZIDAS AS PROVAS?

É princípio geral que toda prova deve ser produzida em audiência (SILVA, 1993, v. 2, p. 81). Inquestionável, todavia, que certas provas devam ser recolhidas em outras fases processuais, *v.g.*, uma perícia realizada na fase do inquérito policial. Daí ser comum afirmar-se que tal atividade de recolha de

provas sejam meros meios de obtenção de prova, não constituindo, por isso mesmo, de *per si*, fonte de convencimento do julgador e não sendo, portanto, meios de prova propriamente ditos.

3 SERIA VÁLIDA UMA CONDENAÇÃO BASEADA UNICAMENTE EM PROVA TRAZIDA AOS AUTOS PELA DEFESA?

Sim. Pelo princípio da aquisição da prova, não se tem em conta propriamente quem a produziu. Se a mesma se faz validamente presente nos autos, de forma inequívoca, ela haverá que ser levada em conta. Não se valora, portanto, a prova pela sua origem, pelo contrário, é mais relevante o estudo das consequências da falta de provas.

4 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, *IN DUBIO PRO REO*, E ÔNUS DA PROVA DE INOCÊNCIA

O art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê que toda a pessoa acusada de crime tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se prove a sua culpabilidade, conforme a lei. A disposição é proclamada também no art. 14º, nº 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e no art. 6º, nº 2, da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais, além de constar das principais Constituições dos povos civilizados de hoje, sendo assim um dos direitos fundamentais do cidadão.

Como tal, é um verdadeiro princípio de prova, o que naturalmente vincula a todas as autoridades, não interessando a instância.

O princípio da presunção da inocência identifica-se com o princípio *in dubio pro reo* e o abrange, no sentido de que um *non liquet* na questão da prova deve ser sempre valorado a favor do acusado (MACHADO apud SILVA, 1993, p. 90). Diante da instauração de um processo, nasce assim, paralelamente, uma presunção provisória de inocência do acusado que só poderá ser desfeita após a regular e legal colheita de provas, se o julgador se convencer da culpa do agente.²

Isso implica que, antes da decisão final e definitiva, o processado não poderá receber tratamento de responsável criminalmente, não se lhe aplicando quaisquer das consequências derivadas da prática de fato criminoso. A presun-

² Isso não impede, todavia, medidas contra o acusado, como aquelas confirmadas pelos nossos tribunais, determinando a prisão cautelar do réu tão logo sentenciado, mesmo antes de trânsito em julgado da decisão. (TACRIM-SP – AP nº 571.921-5, de 08.03.1990, RT 656/303 ; TACRIM-SP – HC nº 180.324-4, de 18.04.1989 RJ 149 133, etc.).

ção de inocência irá, assim, exigir que toda decisão condenatória seja precedida de, pelo menos, uma mínima e suficiente atividade probatória, sob pena de nulidade. E mais, as provas em que se tenha baseado a condenação hão de ser legalmente admissíveis e válidas.

Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 175-176) pedem prudência para a aplicação do princípio de que, na dúvida, deve-se decidir em favor do réu:

[...] Dentro dos limites da resistência da flexibilidade semântica do texto são possíveis interpretações mais amplas ou mais restritivas da punibilidade, mas não cremos que isso possa ser feito livremente, mas que deve obedecer a certas pautas, como também entendemos que o princípio *in dubio pro reo* tem vigência penal somente sob a condição de que seja aplicado corretamente.

Exemplificam:

[...] Há casos em que a análise da letra da lei dá lugar a duas interpretações possíveis: uma, mais ampla, e outra, mais restrita da punibilidade. Isso é observado sem superar o plano exegetico. Assim, a expressão 'coisa' do art. 155 do CP pode ser interpretada em sentido ordinário (amplo) ou civil (restrito). Nesses casos é que entra em jogo o *in dubio pro reo*: sempre teremos de inclinar-nos a entendê-las em sentido restritivo e de acordo com este sentido ensaiar nossas construções. Não obstante, esse princípio não tem um valor absoluto, porque bem pode ocorrer que o sistema entre em choque com a expressão entendida em seu sentido restrito e se harmonize com seu sentido amplo, o que, em tal caso, nos autoriza a interpretação mais abrangente, porque tem caráter absoluto o princípio da racionalidade da ordem jurídica, que é o próprio pressuposto de nossa atividade científica.

Em síntese, entendem tais autores que o princípio *in dubio pro reo* nos indica a atitude que necessariamente deve-se adotar para um correto entendimento da expressão da norma de sentido dúbio, mas pode naturalmente ser abandonado se a lei, por acaso, mostrar-se contraditória com o ordenamento jurídico como um todo.

Esquemmatizando, a presunção de inocência implica que:

- a) antes da decisão final e definitiva, o processado não poderá receber tratamento de responsável criminalmente;

- b) não se lhe poderá aplicar quaisquer das conseqüências derivadas da prática de fato criminoso;
- c) toda decisão condenatória deve ser precedida de pelo menos uma mínima e suficiente atividade probatória, sob pena de nulidade;
- d) as provas em que se tenha baseado a condenação não de ser legalmente admissíveis e válidas;
- e) o encargo de destruir a presunção de inocência recai sobre os acusadores;
- f) conseqüentemente, nunca existirá para o acusado o ônus de provar sua inocência (GOMÉZ LIAÑO Y GONZALEZ, 1991);
- g) reforça-se a exigência da motivação da sentença, tendo em vista que é por meio dela que se comprova se eventualmente lançou-se mão de elementos não constitutivos de prova ou se o processo de valoração teria sido irracional ou ilógico;
- h) o princípio do *in dubio pro reo* jamais poderá ser aplicado de forma absoluta e incondicional. Toda vez que a norma duvidosa estiver em choque declarado com o restante do ordenamento jurídico, a interpretação deverá ser no sentido de harmonizá-la com ele, ainda que, em função desse raciocínio, seja prejudicado o réu.

5 EXISTE ÔNUS DA PROVA EM PROCESSO PENAL?

A doutrina não coloca sobre os ombros de qualquer das partes o ônus da prova no sentido formal, ou seja, não há a obrigatoriedade de apresentação de provas. Cabe à parte apresentá-la, mas, se eventualmente não o fizer, não estará infringindo a lei. Tão-somente haverá de arcar com as conseqüências jurídicas da falta da prova no caso concreto.

A defesa poderá, por exemplo, numa primeira manifestação em um processo, não desejar apresentar suas provas, quer para não expor seus argumentos à acusação, quer para aguardar momento mais oportuno para fazê-lo, quer para aguardar uma causa extintiva da ação penal, v.g., prescrição, ou por outro motivo qualquer.

Assim como a defesa, a acusação não tem também a obrigação de fazer prova em qualquer sentido. Longe, aliás, o tempo em que a acusação se dava de maneira cega. Substantivada hoje (salvo raras exceções) no Ministério Público, a acusação tem antes de mais nada um compromisso com a Justiça e com a correta e justa aplicação do Direito, seja requerendo condenação, seja requerendo absolvição.

Todavia, no que respeita ao ônus da prova no sentido material, vige o princípio mediante o qual a prova da alegação incumbe a quem a fizer. Assim,

³ Entenda-se: para o acusado, vige o princípio da presunção da inocência, incompatível, portanto, dar-lhe a tarefa de provar que não tem culpa, que poderia revelar-se até impossível em alguns casos. Resta, portanto, ao MP provar, se for o caso, os fatos imputados ao acusado, sob pena de, não o fazendo, vê-lo absolvido.

é evidente que as partes haverão que se sujeitar às óbvias consequências de eventual ausência ou deficiência na produção de provas.³

5.1 A intensidade da prova apresentada: absoluta ou relativa

Para a decisão de mérito definitiva, o julgador depende de uma prova que lhe pareça absoluta, inquestionável. O princípio da verossimilhança, entretanto, esbarra no problema da verdade, da certeza absoluta ao longo dos tempos, a ponto de o próprio Aristóteles dizer que as causas judiciais eram defendidas pelos sofistas, pois eles estavam aptos a defender com a retórica o que estivesse em jogo, para qualquer das partes, pois a verdade é contingente e sobre ela não há unanimidade.⁴

Evidente que a verdade é assunto que interessa ao Direito como um todo, mas é essencial na questão das provas judiciais, já que o julgador aguarda sempre que as partes provem a verdade dos fatos que asseveram, no dizer de Santos,⁵ para quem “a prova consiste em ‘a exigência da verdade, quanto à existência, ou inexistência dos fatos’”. Assim, evidente que, caso as partes não provem suficientemente os fatos que alegam, o juiz deverá buscar, de ofício, novas provas rumo ao seu alvo: a descoberta da verdade.

Por outro lado, para os provimentos jurisdicionais provisórios, o julgador contenta-se com uma prova relativa ou verossimilhante. Nas cautelares ou mandados de segurança criminais, por exemplo, de acordo com a visão defendida por Ronaldo Cunha Campos (sem referência), no Brasil, e por Patti (1985, p. 503), na Itália, em cada caso se deve ter o *grau dell'accertamento* da verossimilhança requerida pela lei, alterando em função do fato concreto. Portanto, para um provimento temporário do pedido, não há o ônus de uma demonstração absoluta dos fatos alegados. Para obter um adiantamento da prestação jurisdicional, via liminar, é suficiente que se apresente um pedido em tese factível, provável, que pareça verdadeiro, já que a comprovação definitiva do fato só será exigida para o momento da decisão de mérito.

5.2 Presunção e ficção

⁴ “[...] E é o próprio ARISTÓTELES que ao dividir os gêneros do discurso reserva ao gênero judiciário a Retórica. Trata-se de uma técnica própria reservada aos juristas, se bem que esta figura só irá surgir em Roma, mas ele já dá os primeiros passos, é o método dialético, que encontra na retórica e na tópica plena aplicação. Define o autor a tópica como sendo ‘a invenção de um método que nos ensine a argumentar acerca de todas as questões propostas, partindo de premissas prováveis, e a evitar, quando defendermos um argumento, dizer seja o que for que lhe seja contrário [...]’ ” (RIBEIRO, 1995, p. 28).

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral (apud Ribeiro, 1995, p. 6).

Às vezes, a prova de um fato é substituída por figuras jurídicas denominadas presunção e ficção. Presumir é aceitar um fato como verdadeiro, antes e independentemente de prová-lo, levando-se em conta aquilo que geralmente acontece. Como exemplo, o menino concebido pela mulher na constância do casamento é geralmente filho do marido, por isso, a lei o presume legítimo. A presunção, portanto, assenta na ordem natural das coisas. O fato pode, no entanto, contrariar essa ordem natural e a presunção cederá diante da prova de que, no caso particular, não se operou aquilo que normalmente sucede. O fato indicativo da presunção é o indício. No exemplo da filiação legítima, o fato de a criança ter sido concebida na constância do casamento é indício de que o pai é o marido, o que, por isso mesmo, a lei determina seja presumido independentemente de prova. Cabe à parte o ônus de apresentar prova em contrário, caso deseje derrubar a presunção.

Ao contrário da presunção, que se baseia na realidade das coisas, a ficção resulta de considerar verdadeiro, para fins de direito, um fato que na realidade não o é. Quando a lei considera preso em flagrante quem já não está mais cometendo o crime, assim o faz porque, para se ter certeza da autoria, tanto vale que alguém seja encontrado cometendo a infração penal quanto que seja surpreendido logo após a prática do crime, ou perseguido em situação que leve a supor ser ele o autor da infração, ou, ainda, encontrado com instrumentos, armas ou objetos que autorizem a mesma suposição. Quando a lei equipara o flagrante verdadeiro ao fictício, está dizendo que essas situações têm o mesmo valor, embora saiba que são diferentes. O direito é valorativo, preocupa-se com o que vale um fato, não com o que ele é. (NOVA..., 2001). Também a ficção admite prova em contrário, o que deverá ser cabalmente demonstrado.

6 A PROVA DAS EXIMENTES

Se se tratar da ocorrência de causas excludentes da ilicitude ou eximentes (legítima defesa, por exemplo) pensam alguns que caberia ao acusado fazer a prova da excepcionalidade.⁶

Para Capez (1999, p. 241), “[...] cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais.” Todavia, é importante clarificar a situação. É evidente que o acusado, em seu próprio interesse, deve fazer a prova dos fatos que alega, mas devemos de atentar para a realidade de que, às vezes, por deficiência de meios materiais ou humanos, o acusado não consegue fazer a prova que lhe competia.

⁶ MERLE, Roger; VITU, André (apud SILVA, 1993).

Ora, pelo princípio da presunção da inocência, mencionado acima, em caso de fundada dúvida não se pode condenar alguém por um fato que talvez pudesse não ser punível, que não tenha sido suficientemente aclarado por falta de provas. Evidente que levantando o acusado fundada hipótese de ocorrência de circunstância desculpante, o julgador não poderá ignorá-la. Mesmo que mencionada de forma breve, poderá da mesma se beneficiar, não obstante pairarem dúvidas sobre sua afirmação.

Uma coisa, porém, exige-se: que ao mencionar a desculpante, o acusado seja capaz de suscitar dúvida no espírito do julgador. Claro está que mera referência de haver agido sob o amparo de tais e tais circunstâncias, sem quaisquer evidências e sem quaisquer provas a respeito, levará o julgador a ignorar a menção.

Em resumo, sendo verossímil a afirmação do acusado, a falta de provas, por circunstâncias várias, não poderá prejudicá-lo. Por outro lado, afirmações incoerentes e levianas dispensam o julgador de sequer analisá-las ou demonstrar a ausência das causas alegadas, embora a esse respeito decida fundamentadamente, como é seu dever fazê-lo em qualquer decisão.

7 A QUESTÃO DAS PROVAS DE OFÍCIO EM MATÉRIA CRIMINAL

É Dias (1974, v.1, p. 192) quem apregoa que deve ser Processo Penal “[...] de estrutura basicamente acusatória, integrada pelo princípio da investigação judicial.”

O juiz precisa buscar a verdade para poder julgar com serenidade. Nessa busca, sua primeira aliada é a prova, “[...] a qual tem por objetivo reconstituir historicamente os fatos que interessam à causa.” (RIBEIRO, 1995, p. 6).

Assim, de acordo com o princípio da investigação judicial, cabe ao juiz, de ofício, em suplência às eventuais deficiências das partes, investigar em busca de esclarecer o fato submetido a seu julgamento. Contrasta, portanto, com o princípio da discussão, mediante o qual o julgamento deve se cingir aos limites das provas apresentadas pelas partes.

O Ministério Público, o acusador particular e a defesa dispõem da mais ampla faculdade de apresentação de provas em juízo, e as mesmas são aproveitadas a critério do julgador, que, todavia não fica a elas limitado, podendo, na eventualidade de entender necessário, diligenciar em busca de maiores subsídios, visando, em última análise, dar a decisão mais justa possível e mais afinada com a realidade dos fatos.

O princípio da investigação judicial está claramente consagrado no Código de Processo Penal – CPP, pelo menos nos dispositivos destacados:

Art. 497. São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código:

XI – ordenar de ofício, ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências desti-

nadas a sanar qualquer nulidade, ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

O CPP abre mais 46 oportunidades ao juiz para, *de ofício*, requisitar inquéritos, determinar seqüestro, verificar falsidade, nomear curador, determinar a realização de exames e de avaliações, a oitiva de testemunhas, buscas, prisões, interdições, expedir ordens de *habeas corpus*, ou “ordenar diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse à decisão da causa.” O princípio vige até mesmo se se tratar de ação penal de iniciativa privada (VILAS BOAS, 1999, p. 416).

A experiência tem mostrado que, além da natural falibilidade humana, deficiências outras podem ser notadas, especialmente em algumas defesas gratuitas e oficiosas. Ora, num Estado de direito não se concebe que alguém possa ser condenado criminalmente com base numa verdade formal apresentada — quem sabe — com certa deficiência pelas partes, e o julgador, mesmo ciente da falha, seja impedido de buscar autonomamente novas provas⁷ e a verdade histórica. Chama-se atenção tão-somente para o fato de que o julgador deverá se preocupar a todo tempo em preservar a sua imparcialidade, sob pena de ser confundido com acusador ou defensor do réu.

SEGUNDA PARTE

PROVAS PROIBIDAS E PROVAS ILÍCITAS

Na Bíblia Sagrada o Senhor Deus já teria orientado, por meio de Moisés, que haveria de ter certa regularidade na colheita de provas para fins judiciais: “Por depoimento de duas ou de três testemunhas, será morto o que houver de morrer; por depoimento de uma só testemunha não morrerá.” (BÍBLIA... 1993, p. 204). A prova obtida a partir do depoimento de uma única testemunha não era suficiente para impor pena de morte. Para o efeito era uma prova ilícita. Entretanto, o que hoje se chama de princípio da exclusão das

⁷ Estando o julgador em busca da verdade histórica, e em contraposição à passividade das provas apresentadas pelos sujeitos processuais, diz-se estar em busca da *verdade material*, que evidentemente não se exige ser a *verdade absoluta*, mas aquela prática e humanamente factível, e obtida dentro dos meios processualmente válidos.

provas ilicitamente obtidas, *exclusionary rule*, parece ter surgido a partir de 1914, quando a Suprema Corte Americana,⁸ ao apreciar o *Caso Weeks* passou a considerar inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, como uma espécie de resposta às constantes violações de direitos fundamentais que persistiam malgrado os esforços de combatê-los com sanções civis, administrativas e até mesmo penais.

Hoje, pacífico no direito da maioria dos povos civilizados, que alguns meios de prova devem ser proibidos, em nome da proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade do cidadão de um Estado que se diz de Direito. Assim é que a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LVI, assegura que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”. De primeira mão, surge-nos o problema da interpretação da expressão legal *meios ilícitos*. A palavra *meio*, por si só, é geralmente subentendida como recurso empregado para se alcançar um objetivo. E o que dizer do *meio ilícito*? O constituinte não definiu a expressão. Etimologicamente, a palavra ilícito tem origem no latim *illicitu* e, na nossa língua, significa “[...] proibido pela lei; injurídico; ilegítimo; contrário à moral e/ou ao direito [...]” (FERREIRA, 1998).

Aranha,⁹ numa aceção bastante liberal, chega a afirmar que:

[...] ‘o constituinte usou a expressão ilícito em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer que há outras formas de expressão do direito, ficando limitado à lei. Como sabemos, todos os costumes, além de serem fonte formal do direito, trazem a consciência de sua obrigatoriedade, e os princípios gerais do direito, estabelecidos com a consciência ética de um povo numa determinada civilização, são premissas que não poderiam ser desprezadas. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais de direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.’

Outros, todavia, com um pouco mais de reserva, preferem ater-se aos circunscritos termos do que é legiferado e limitam-se a dizer que prova ilícita é “[...] a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à

⁸ Silva (1993, p. 78) afirma que E. Beling (1903) parece ter usado pela primeira vez, no início do séc. XX, a expressão *proibição de provas* em sua obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*.

⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo (apud MOSSIN, 1996, p. 56).

intimidade.” (GRINOVER, 1992, p. 109).

Mossin (1996) entende que as provas ilícitas não são apenas aquelas *proibidas por lei*, vez que tal não teria ficado assim delimitado em qualquer norma legal, e por essa razão entende que se deve dar ao termo a acepção mais ampla possível, ou seja, o ilícito deve abranger também tudo aquilo que seja contrário à moral, aos costumes, aos princípios gerais do Direito etc.

Um exemplo ilustrador é aquele de um ex-Presidente da República que era acusado perante a mais alta Corte do Brasil da prática de crimes de corrupção passiva, corrupção ativa de testemunhas, coação no curso do processo, supressão de documento e *falsidade ideológica*. Ao final, foi absolvido, já que as provas que lastreavam o processo foram tidas como provas de obtenção ilícita, por terem sido alcançadas a partir de gravações telefônicas clandestinas e da memória de um microcomputador apreendido sem autorização judicial. O caso de repercussão nacional, em que eram acusados o ex-Presidente Fernando Affonso Collor de Mello e seu tesoureiro de campanha, o Sr. Paulo César Cavalcanti Farias, foi manchete em outras plagas, vez que o Poder Legislativo acabara de proferir decisão histórica de afastar o Presidente por *impeachment*.¹⁰

A justificativa da decisão absolutória era que a gravação telefônica teria sido feita por apenas um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Além do mais, a *degravação* não teria obedecido ao princípio do contraditório e teria sido utilizada com violação à privacidade alheia, ferindo o art. 5º, LVI; X e XII, da CF/88. A ilicitude relacionada ao microcomputador era pelo fato de haver sido *apreendido com violação de domicílio*, e o acesso aos dados nele gravados ter se dado *ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas* (art. 5º, X e XII, da CF/88).¹¹

É, entretanto, notável que a mesma Suprema Corte brasileira já teve a oportunidade de rever a conceituação dos meios tidos como ilícitos, para obtenção de provas, conforme será exposto mais adiante. De qualquer sorte, cristaliza-se o entendimento de que, no caso da Constituição do Brasil, a expressão

¹⁰ Ação penal nº 307-3-DF – 13.12.1994 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 13.10.1995, p.34247, sob o e mentário de nº 1804-11. O julgamento da ação penal resultou na seguinte ementa: “AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESTA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDA, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA.”

¹¹ Referida ação foi julgada em Plenário em 09.12.1994, sob a presidência do Senhor Ministro Octávio Gallotti. Estavam presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek. E, ainda, o Senhor Procurador-Geral da República Aristides Junqueira.

provas obtidas por meios ilícitos significa todas as provas que se obtenham por meios que eventualmente firam as normas ou princípios constitucionais, de proteção das liberdades e dos direitos da personalidade (TEIXEIRA, 2001).

Conclui-se, assim, que no modelo brasileiro, a proteção ao cidadão é sobremaneira ampla, pois qualquer prova que vier a ser tida como *ilícita*, conquanto afrentar os direitos da personalidade e as liberdades constitucionalmente asseguradas, será inadmissível no processo.

8 O MAGISTRADO VEDANDO A PRODUÇÃO DE PROVAS

O magistrado depende das provas para se instruir convenientemente sobre os fatos sob sua apreciação. Assim, não raro, pode até mesmo buscar de ofício as provas que entende indispensáveis para clarificar a questão. Todavia, ainda que possa parecer paradoxal, pode ele indeferir a produção de provas em alguns casos consagrados pela doutrina, o que, aliás, tem sido de certa forma acolhido pelos tribunais e aos poucos recepcionado pela legislação. É que o julgador não deve ficar vinculado a produzir todas e quaisquer provas requeridas durante a instrução. Os principais motivos que podem levá-lo a indeferir a produção de uma prova são:

- a) *inadmissibilidade* – indefere-se o requerimento quando as provas ou os meios de sua produção forem moralmente inadmissíveis, por contrariar a ordem pública e os bons costumes, ou legalmente inadmissíveis, conforme manda o sistema das regras legais;
- b) *vidência* – quando os fatos estão calcados numa premissa imediatamente evidente que se admite como verdadeira sem exigência de demonstração. Dispensa-se a prova, vez que a convicção já está formada ante a evidência. Por exemplo, é desnecessário exame interno no cadáver de um banhista, para determinar-lhe a causa da morte, se ele houver sido gravemente dilacerado por um tubarão;
- c) *notoriedade* – quando o conhecimento do fato for tão amplo, de forma a estar incorporado na própria cultura da sociedade. *Notorium non eget probatione*. Por exemplo: o Natal é comemorado no dia 25 de dezembro;
- d) *presunção legal* – consequência que a própria lei deduz de certos atos ou fatos e que estabelece como verdade por vezes até contra prova em contrário. Por exemplo, da leitura do art. 171 do CPP entende-se que, quando for desconhecida, os peritos indicarão a data em que presumem ter sido o fato praticado. Não que haja aí uma proibição legal, propriamente dita, para a produção de provas, mas que o juiz estará autorizado a deduzir, por força do que a lei lhe faculta, que uma prova adicional em tais casos poderá ser indeferida, sendo suficiente aquela mencionada pela lei;

- e) inutilidade – significa que a prova que se pretende produzir nada tem a ver com o *thema probandi*, ou então é supérflua, no sentido de que visa demonstrar fato que já está mais do que provado e claro. Funda-se no princípio *frustra probatur quod probatur non relevat*. A irrelevância, como não poderia ser diferente, leva o julgador a indeferir a pretendida produção de prova, até mesmo por princípio de economia processual, visto que não exerceria qualquer influência sobre a decisão a ser prolatada;
- f) inadequação – é quando evidentemente a prova que se propõe, de antemão já se mostra imprópria, inadequada e inconveniente para o objetivo visado;
- g) inobtenibilidade – verifica-se essa hipótese nos casos de o meio de prova ser de obtenção impossível,¹² improvável ou muito duvidosa.

Aliás, tendo em vista o grave e indesejável acúmulo de processos em todas as instâncias, não que se encontrar meios de dinamizar e agilizar a Justiça e, nesse diapasão, nada mais salutar do que o diligente magistrado indeferir a produção de provas incabíveis, desnecessárias, inadequadas e infactíveis, nos termos retro demonstrados. Num outro extremo, evidente que são de todo detestáveis as decisões arbitrárias, que no mero afã de apresentar alta produtividade, castram a indispensável produção de provas, especialmente a testemunhal, entendendo-a supérflua sem sequer conhecer o que sabe o depoente. Atente-se que, na fase da instrução, as partes ainda não têm conhecimento do nível de convicção que detém o magistrado em relação aos fatos. Daí que, em nome da prudência, em casos de dúvida, é recomendável que se admita a produção da prova.

9 A LEI PROIBINDO A PRODUÇÃO DE PROVAS

Para Roxin (1981, p. 47) as leis são necessárias para garantir a liberdade individual no mundo, muito embora elas pouco possam fazer frente a regimes ditatoriais e de exceção. Daí a necessidade imperiosa de se manter a integridade do Estado democrático de direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”. No mesmo art. 5º, ainda há disposições similares, a saber:

Art. 5º

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direi-

¹² Para Bentham (1971, p. 22) “[...] un hecho considerado imposible es un hecho que, si existiese, violaría las leyes de la naturaleza” e, os “hechos jurídicos imposibles no puede significar sino improbable en el más alto grado.”

to à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII – é inviolável o 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;

Segundo Silva (1993, p. 94), “[...] proibindo a utilização de meios de prova proibidos pela lei, a norma consagra também, ao contrário do sistema da prova tarifada, a liberdade da prova, no sentido de serem admissíveis para a prova de quaisquer fatos todos os meios de prova admitidos em direito.” No seguimento, lembra ainda que tal princípio não se aplica ao Processo Civil, onde há casos em que não se admite a prova testemunhal, e que os fatos só podem ser provados por documentos.

Vê-se, portanto, que a própria lei cria uma espécie de barreira, mediante a qual determinadas provas não poderão ser utilizadas no processo, a saber, as provas obtidas por meios ilícitos e todas aquelas cuja produção for nominalmente proibida pelo ordenamento jurídico.

9.1 A questão da prova extralegal

Há que se atentar para o fato de que, geralmente, as legislações enumeram alguns tipos de prova, e os disciplinam. Por exemplo, o legislador fala da prova testemunhal, da perícia, dos documentos etc. Perguntar-se-ia: as provas não enumeradas na legislação seriam vedadas no Direito? A resposta é negativa. Admitem-se todas as provas (mesmo as não alistadas como, por exemplo, um diagnóstico genético) desde que tais provas não sejam vedadas pela lei. Isso porque vige hoje, desde a Revolução Francesa, o que chamamos de princípio (ou sistema) da *liberdade de valoração da prova*. Desde que não se partam para a seara das *provas ilícitas* (item 10 à frente) a lei não intervém para enumerar ou limitar as provas e seus meios de produção, tudo em nome da melhor e mais perfeita busca da tão almejada verdade.

9.2 Sistemas de valoração da prova

A lei se interessa também pela valoração da prova. Assim, diante do que se estabeleceu no item anterior, existem três grandes sistemas de avaliação

da prova, que na prática costumam aparecer entremesclados (NOVA..., 2001) e que podem ser assim sintetizados:

- a) sistema da íntima convicção — nesse primeiro sistema, a sentença baseia-se na certeza moral do juiz que, por isso, não precisa fundamentar a sentença. Esse sistema, que é o mais primitivo para todos os povos, deixa o réu ou as partes ao arbítrio do juiz. Tem vigência ainda hoje apenas no que respeita aos veredictos dos jurados;
- b) sistema das regras legais ou da prova tarifada ou ainda da vinculação na valoração da prova — já aqui a certeza moral do juiz é substituída pela certeza legal: a lei fixa de forma rígida quais são as provas capazes de levar à convicção e quais delas não são idôneas para tanto. Proíbe, ainda, que o julgador se valha de provas não contidas nos autos. Foi o sistema que vigeu durante a Baixa Idade Média e no Estado Absoluto, *em função da busca de contenção do arbítrio dos juízes* (GUILLEN, 1990, p. 450). Presente discretamente hoje em disposições que exigem, por exemplo, exame pericial para crimes que deixem vestígios;
- c) sistema da liberdade de valoração da prova¹³ — próprio das legislações modernas, esse sistema voltou a outorgar ao juiz maior liberdade na apreciação da prova. Exige-se, porém, que o mesmo fundamente sempre sua decisão nos elementos contidos nos autos: o juiz deve convencer-se e convencer os outros.¹⁴ Se, não obstante seu esforço, não consegue persuadir quaisquer das partes, o interessado recorre. Se não convence o Tribunal, esse modifica o julgamento. Trata-se, portanto, de um *livre convencimento motivado*, dentro das regras comuns da lógica, da razão e das máximas do conhecimento científico, já que a prestação jurisdicional não apenas se destina ao convencimento do jurisdicionado mas também expõe-se à sua fiscalização

10 PROVAS PROIBIDAS EM VIRTUDE DE VÍCIO EM SUA OBTENÇÃO

Poderíamos classificar as provas proibidas da seguinte forma:

- a) provas ilícitas — aquelas que violam direito material, implicando geralmente a prática de um ilícito (criminal ou não), cuja nulidade é verificada no momento da colheita da prova. Compreendem por exemplo: ameaças em geral; atos ofensivos da integridade física ou moral,¹⁵ intromissão no

¹³ Outras designações usadas pela doutrina: *sistema da livre convicção*; *sistema da íntima convicção*; *sistema da prova moral*; *sistema da liberdade dos meios de prova*, ou simplesmente *sistema da liberdade da prova*.

¹⁴ Como evidentemente prevê a CF/88 no art. 93, IX, quando fala da imprescindibilidade da fundamentação nas decisões judiciais.

¹⁵ Curiosamente, a questão da nulidade das provas obtidas sob tortura não consta de forma literal no ordenamento jurídico brasileiro, quer na Constituição, quer na recente Lei n° 9.455, de 07.04.1997, que veio exatamente disciplinar os crimes cometidos *in tormentis*. Todavia, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura traz no art. 10: “Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo [...]” se buscando condenação do torturador.

domicílio e nas telecomunicações; narcoanálise (administração de narcótico para colocar a pessoa em estado involuntário); microfones e registros de voz não autorizados,¹⁶ detector de mentiras (resultados falhos); ciência privada do juiz (*quod non est in actis non est in mundo*); promessa de vantagem ilegal — todos esses recursos, além de vedados, têm ainda o condão de tornar absolutamente nula a prova obtida;

- b) provas ilegítimas — as que violam o direito processual, provocando a nulidade no momento de sua entrada nos autos. Exemplo: juntada de um documento ao processo em fase que não o admita; leitura de um documento desconhecido no plenário do júri, sem autorização para tal etc.;
- c) provas de invocação do sobrenatural — o processo insere-se no plano material, no mundo natural e físico. O sobrenatural, por mais verossímil e extraordinário que possa parecer, jamais poderá ser admitido em juízo.¹⁷ Assim é que não são admitidas as provas demonstráveis só nas orações ou resultantes de supostas psicografias;
- d) provas atentatórias aos direitos indisponíveis da pessoa humana — compreendem-se nessa categoria a própria vida (só em relação a terceiros, para alguns), a autodeterminação da pessoa e a dignidade humana. Mesmo com a concordância do acusado, as provas não poderão ser convalidadas caso afrontem o seu pundonor. Vigê o princípio da proibição das provas atentatórias à dignidade humana, porque, via de regra, tais provas produzem uma perturbação da liberdade da vontade do próprio acusado. Se ele, por exemplo, for colocado sob efeito de substância estupefaciente, tenderá a dizer coisas que preferiria ocultar, se em sã consciência. Além do mais, tais provas não são absolutamente confiáveis, visto que algumas pessoas, mesmo na circunstância especial, ainda ocultam a verdade;
- e) provas ilícitas por derivação — tratam-se de provas não ilícitas por si mesmas, mas conseguidas por intermédio de provas proibidas. Em outras palavras, a prova em si mesma considerada seria “[...] plenamente legal, porém a ela se chegou por meio ilícito. É exemplo encontrado na doutrina, a interceptação telefônica clandestina por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em seu depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.” (MOSSIN, 1996, p. 61). O entendimento

¹⁶ O STF já passara a admitir como válida a prova de gravação de conversa, quando pelo menos um dos interlocutores tem conhecimento do assunto (STF — HC nº 74.678/1-DF — Rel. Min. Moreira Alves — DJU 15.08.1997, p.37036).

¹⁷ Com isso não se impõe sejamos céticos quanto à realidade do mundo espiritual. Pelo contrário, entende-se que enquanto no plano material todas as verdades são parciais, provisórias e precárias, só no plano espiritual elas passam a ser absolutas, podendo ser demonstradas pela fé, sendo acompanhadas pela razão até certo ponto. Para fins processuais, todavia, segue-se a regra de que *o que não se acha nos autos não está no mundo*.

mais radical é no sentido de que esse depoimento ainda que tido como *legal* e, por mais relevante que seja no caso concreto, haverá de ser anulado, já que contaminado pela ilegalidade da interceptação telefônica que lhe deu origem. Tem-se em vista a teoria dos frutos da árvore envenenada, ou *fruit of the poisonous tree doctrine* ou simplesmente *taint doctrine*. Acredita-se que a *taint doctrine* tenha ganhado força a partir de 1920, com uma decisão da Suprema Corte Americana, sobre o caso que ficou conhecido como *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*,¹⁸ a qual, todavia, hoje está bastante mitigada pela *teoria da razoabilidade* (*reasonableness*) como se verá no capítulo 15, a seguir.

É assim, portanto, a classificação das principais provas proibidas.¹⁹

11 O PORQUÊ DA PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

Trata-se, sem dúvida, de meio de proteção aos cidadãos de limitação ao Estado na busca de provas contra um acusado (e também a seu favor) em qualquer processo ou Tribunal. A propósito, prevê o art. 5º, LVI, da CF/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” Frise-se que o legislador não se contentou em proibir a produção de provas por meios reprováveis. Foi mais além, proibindo fossem utilizadas no processo as provas eventualmente colhidas por esses meios ilícitos.

A proibição destina-se a todos os que possam levar provas aos autos: desde o acusado até a Polícia, o acusador particular, o Ministério Público ou o julgador,²⁰ todos estão impedidos de levantar provas com o sacrifício dos direitos do cidadão, sob pena de tais provas não produzirem efeito processual algum.²¹ Isso objetiva à proteção integral da pessoa humana, enquanto dissuade as autoridades e as partes de tentarem colher provas por meios ilícitos, pois, de antemão, já se sabe que as mesmas não serão admitidas no processo. A questão da proibição de provas em processo penal não é, todavia, tão serena e pacífica quanto pode parecer a princípio. Alentadas vozes erguem-se, na doutrina e na jurisprudência, contra a aplicação literal dos dispositivos de lei tal qual transcritos.

¹⁸ Tal idéia talvez seja inspirada nas anotações de Liszt (1881) segundo o qual “[...] o crime é ilegal, mas não pode produzir ilegalidade.”

¹⁹ Capez (1999, p. 242) acrescenta ainda serem inadmissíveis as provas incompatíveis com o direito de defesa, o que pode ser, todavia, um raciocínio equivocado, já que o acusado arrependido pode, por exemplo, decidir ir de encontro aos interesses de sua defesa, confessando com detalhes sua conduta criminosa, o que é plenamente aceitável.

²⁰ Conforme se expôs no capítulo 8 acima, o julgador pode também buscar provas, visando à obtenção da verdade.

²¹ Sem prejuízo, é claro, das possíveis sanções administrativo-criminais pela violação dos direitos de outrem.

Se, por exemplo, a um matador de aluguel é destinada uma missiva com agradecimentos por determinado *serviço* realizado, seguindo ainda um cheque do pagamento por parte de seu cliente, mas no caminho é essa correspondência ilegalmente interceptada pela polícia, haverá então certeza da prática do crime, mas a prova colhida terá a peca de ilícita. Sozinha, essa prova autorizaria condenação? Argumenta-se que o matador do exemplo não poderia ser punido só por essa prova, já que nesse diapasão a Justiça estaria lançando mão do resultado da prática de um crime²² para punir outro. Os fins não poderiam justificar os meios. Ademais disso, surgiria um outro problema: deixar de punir o policial interceptador poderia ser um incentivo à prática de outras condutas delituosas, entretanto poderia também parecer farisaico puni-lo por ter trazido ao processo uma prova válida, que aliás teria sido essencial para condenação de alguém que praticara homicídio.

Por tudo isso, algumas ponderações são necessárias:

- a) está o legislador consciente de que a proibição criada, às vezes, pode significar real embaraço à descoberta da verdade;
- b) exatamente por isso muitas proibições de prova não são estáticas, mas variam em função do lugar e do tempo e das particularidades do caso concreto em exame, precisando, portanto, adaptar-se às exigências sociais e culturais;
- c) muitos fatos criminosos não serão efetivamente provados,²³ simplesmente porque o único meio de prová-los infringiria direitos fundamentais do cidadão, constituindo-se em prova proibida;
- d) o direito à busca da verdade histórica, às vezes, cede lugar a outro mais importante do que ele: o direito da preservação da intimidade do ser humano.

Se é interesse público que move as autoridades à perseguição penal, não é menos público o interesse pela tutela da vida privada e da intimidade.

Andrade (1992, p. 188), regente da disciplina de Direito Penal na Universidade de Coimbra, assevera²⁴ que o assunto *proibições de prova* está “a nível da compreensão e das coordenadas fundamentais da experiência jurídica, onde prevalece a dimensão material substantiva”, daí porque afirmar ainda que:

Mais do que garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de

²² Tem-se em vista uma figura penal no ato da interceptação não autorizada de correspondência alheia.

²³ E uma vez não provados, claro está que não serão punidos.

²⁴ Trata-se, a propósito, de obra indispensável para estudo do tema.

prova, emergem como direitos fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos. E, por isso, como referências e fundamentos autônomos(*sic*) duma tutela que transcende o horizonte do processo penal.

Com isso, assevera o jurista que a questão das proibições de provas transcende a esfera do Direito Penal, do Direito Processual Penal, ou do Direito Constitucional, para ir mais além: à seara dos bens jurídicos fundamentais e imanentes do ser humano – eventualmente, um matiz do direito natural.

12 A CONSEQUÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS PROIBIDAS E SUAS DERIVADAS

Ao que se sabe, a Suprema Corte dos Estados Unidos teria sido o primeiro Tribunal a construir uma teoria em torno das provas proibidas, adotando, até há bem pouco tempo, uma postura bastante radical e intransigente no sentido de considerar-se como absolutamente nula toda prova obtida por meios ilícitos, bem como as daí derivadas, *fruit of the poisonous tree doctrine* já referida.

Numa radicalidade acadêmica, as Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela Súmula 49 afirmaram que “[...] São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.”²⁵

É tratada como nula, a princípio, toda prova obtida mediante tortura, ofensa física, moral ou psicológica, ou sob abusiva invasão da privacidade de domicílio, de correspondências, de telecomunicações etc.,²⁶ enfim, todas as provas obtidas por meios ilícitos, tratadas na Constituição brasileira, que já abordamos. Se, portanto, uma prova é proibida, é como se ela não existisse. Se a nulidade é descoberta quando a prova já está presente nos autos, terá que ser automaticamente tida como nula, e nulos serão também todos os atos decisórios que dela tenham dependido.²⁷

São bastante conhecidas as dificuldades em se estabelecer, em cada

²⁵ É certo, todavia, que pela Súmula 50, estabeleceram que, em benefício da defesa, então “[...] podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas.”

²⁶ Essa disposição pode ser extraída do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.” Vide, ainda, art. 5º, LVI, da CF/88.

²⁷ Repete-se: não se olvidando, é claro, da possível punição do responsável pela produção da prova ilícita.

caso concreto, o nexo de causalidade entre a prova inicialmente colhida com infringência de preceitos legais e o dado probatório derivado, ou seja, o denominado *fruto da árvore envenenada*. Assim, é necessário haver uma relação de causa e efeito entre a violação do direito e a prova em tela. Sem essa rigorosa correlação, a prova será válida.

TERCEIRA PARTE

A RELATIVIDADE DA PROIBIÇÃO DE PROVAS

“O direito pode ser imortal, mas não imutável.” (BUZAID, 1985, p. 192). Assim também a questão da proibição de provas. Não obstante o que foi dito nos capítulos anteriores, é importante agora frisar que em função do tempo, do lugar e das circunstâncias fáticas do caso concreto, os tribunais têm, muitas vezes, emprestado relatividade ao princípio da proibição das provas ilícitas. Começamos por lembrar que, em alguns casos, a suposta nulidade na colheita da prova é de insignificância tal, que não chega a macular a regular marcha processual. É básico no Processo Penal o postulado *pas de nullité sans grief*²⁸ o que naturalmente tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que a eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo mensurável para qualquer das partes (BRASIL, 1996b).

Por outro lado, uma prova tida como ilícita pode transmutar-se em lícita desde que obedecidos dois requisitos, a saber: concordância do acusado e inexistência de atentado à dignidade humana. Exemplo: o acusado abre mão do sigilo telefônico em dada hipótese.

A idéia exposta nos capítulos 10 a 12 acima, que tratam da questão das provas proibidas propriamente ditas, é avalizada por muitos outros autores que são radical e incondicionalmente contrários à admissibilidade das provas tidas como ilícitas em quaisquer hipóteses.²⁹ O certo, todavia, é que não obstante a posição dessas autoridades no assunto, encontramos de outro lado não menos renomados juristas como, por exemplo, colimação de Ribeiro (1995, p. 5), favoráveis em admitir determinadas provas ilícitas, sob dadas condições.

Andrade (1959) é enfático em admitir seja emprestada certa

²⁸ “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” (art. 563 do CPP). E ainda: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.” (art. 566 do CPP).

²⁹ Grinover (1982, p. 160) chegou a afirmar ser “[...] inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido.” Todavia, dez anos mais tarde, em obra conjunta com outros autores, cede em parte e já agora assegura que é aceitável “[...]” “a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros [...]” (GRINOVER, 1992, p. 109).

razoabilidade ao aplicar o princípio das provas proibidas, afirmando que, caso contrário, correr-se-ia o risco de, ante a menor falta de habilidade do policial que procede ao primeiro interrogatório ou diante da constatação de possível corrupção de qualquer agente da autoridade, vir a ter-se por inutilizado todo o processo.

Thornaghi (1997, v.3) é outro que relativiza a proibição de provas. Mesmo começando por afirmar que a prova proibida pelo Direito não deveria ser admitida no processo, chega a asseverar que, “quando a prova for obtida violando normas de direito material”, o juiz não pode simplesmente desconsiderar que a parte disse alguma coisa. Propõe que tal meio seja recusado como prova, mas sugere seja ele tido pelo julgador pelo menos como indício, a partir do qual tudo que se descobrir lícitamente “é válido e admissível em juízo.” Isso parece ser uma clara proposição em desfavor da *taint doctrine*.

Os tribunais também, a princípio reticentes sobre o assunto, e por isso mesmo às vezes criticados pela doutrina,³⁰ vão aos poucos aderindo à idéia de que ao se considerar os alarmantes casos de proteção individual, deve-se ponderar, em contraposição, eventuais ocorrências do interesse público a ser preservado e protegido.

Entende-se que a proibição do emprego da prova ilícita, em processo criminal, pode ser relativizada pelo princípio da proporcionalidade,³¹ segundo o qual entende-se que as normas constitucionais estão a proteger o direito, mas nunca o abuso deste direito.

O princípio da proporcionalidade derivaria diretamente do princípio constitucional do Estado de direito, baseando-se ainda nos direitos fundamentais do indivíduo³² e, nesse sentido, tem como escopo a limitação do poder legítimo, devendo, por outro lado, estabelecer os critérios de limitação à liberdade individual. Elimar Szaniawski entende que tal princípio deriva do denominado

³⁰ O STF julgou favoravelmente o habeas corpus nº 73351 de S. Paulo, entendendo que a prova ilícita teria contaminado uma sua derivada, já que “[...] a apreensão dos 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica clandestina.” Tal postura, aliás, no entendimento de Moreira (1996, p.112) não seria a mais feliz, pois a *taint doctrine* não poderia ser importada de maneira passiva e acrítica, sem se considerar as matizes que a recobrem no país de origem, afirmando que a privacidade dos traficantes de drogas jamais deve se situar acima dos interesses de toda uma comunidade em combater o crime de tráfico, já que a mesma Constituição que estipula o direito à intimidade erige também como prioridade o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes. Ademais, a pretexto de se tributar suposto respeito à Constituição não se pode avalizar um afrouxamento ético dos nossos costumes de forma a produzir cada vez mais a impunidade geral.

³¹ Por *princípio da proporcionalidade* entender-se-ia “[...] o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” (MELLO, 1998).

³² Para alguns tratar-se-ia de um princípio constitucional não-escrito, ou então seria derivado da cláusula da *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF/88) em razão do caráter sustantivo que se deva emprestar à cláusula (HAMILTON, 2002, p. 4).

Prinzip der Verhältnismässigkeit, da doutrina alemã, segundo o qual os meios utilizados pelo julgador devem ser sempre proporcionais à situação fática. A proporcionalidade resultaria da pesagem e da ponderação da intensidade do atentado praticado ou dirigido aos direitos e interesses privados, de uma parte, em relação ao peso que o interesse público, ou alheio, posto em causa, efetivamente apresenta.

Capez (1999) faz questão de registrar que o rigor da proibição de provas ilícitas vem sendo atenuado dia a dia nos tribunais, em função do acolhimento da *teoria da proporcionalidade*,³³ que seria originária do direito alemão, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, no período do pós-guerra. Assegura que dado a esse princípio também a Suprema Corte americana, mais radical a princípio, “[...] está admitindo, em algumas hipóteses extremas, até mesmo prova resultante de confissão extorquida.” E prossegue:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer .seja a defesa de um princípio constitucional, seja a necessidade de se perseguir um criminoso. O sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio constitucional de menor relevância ao de maior valor social.

O exemplo é esclarecedor:

[...] uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição. Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu ‘direito à intimidade?’

Canotilho (1993) defende claramente que o princípio da proibição

³³ De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes [...] para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que excepcionalmente pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante (CAPEZ, 1999).

das provas ilícitas não pode restringir os direitos fundamentais da sociedade. Eis que a teoria da proporcionalidade busca conciliar o interesse na preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, com o não menos importante interesse do Estado e da sociedade em punir os culpados.

Guerra (1997, p. 5), ao abordar a questão da obtenção de provas criminais por meios ilícitos, também garante que: “Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência; pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime[...]”, lembrando os latinos: *nec delicta maneant impunita*.

Hamilton (2002, p. 4) faz a seguinte colocação hipotética: “[...] o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um dos pormenores é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias etc). Pode o Juiz ter presentes essas outras provas?” A resposta é enfaticamente afirmativa, entendendo caber ao Poder Judiciário examinar certas restrições de direitos, apreciando até que ponto são elas justificadas pelo interesse público, admitindo-as como legítimas ou não, face ao caso concreto, sempre que as vantagens que trouxer superarem as desvantagens, por não ser razoável deixar de lado os direitos à vida, à liberdade etc., quando em confronto com a limitação advinda do art. 5º, LVI, da CF/88.

A jurisprudência também se manifesta no mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL –
*HABEAS CORPUS – ESCUTA TELEFÔNICA COM
ORDEM JUDICIAL* – Réu condenado por formação de
quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em pe-
nitenciária, não tem como invocar direitos fundamen-
tais próprios do homem livre para trancar ação penal
(Corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polí-
cia. – O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala
que ‘são inadmissíveis ... as provas obtidas por meio
ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um
substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores
maiores na construção da sociedade. A própria Consti-
tuição Federal Brasileira, que é diligente e programática,
oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’
(*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento
de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A
jurisprudência norte-americana, mencionada em prece-
dente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila.
Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’
(*reasonableness*). O ‘Princípio da exclusão das pro-
vas ilicitamente obtidas’ (*exclusionary rule*) tam-

bém lá pede temperamentos. (BRASIL, 1996).

Vantagens: a teoria ou princípio da proporcionalidade das provas proibidas tem ganho adesão não apenas na medida em que se reconhece a urgente necessidade de se punir os culpados. Mais do que isso, a cautela, previdência e prudência têm levado o Direito a dar um tratamento às coisas comuns de acordo com a realidade social da época. Assim, em nome da relatividade das liberdades públicas, nenhum direito ou liberdade individual são absolutos, devendo ceder, respeitados certos parâmetros, quando estiverem sendo usados para salvaguardar práticas ilícitas (MORAES, 1998) quando patente a aberração do uso do direito pelo criminoso em detrimento do homem de bem. Ora, se o acusado desfruta de garantias processuais, é certo que a sociedade também não está alijada da proteção constitucional contra a criminalidade, que lamentavelmente tem aumentado ao invés de diminuir.

Conforme amplamente divulgado pela imprensa, a própria América do Norte, que tanto falou em *taint doctrine*, tem admitido hoje a derrocada de muitas garantias e direitos individuais, em especial após o fatídico 11 de setembro de 2001.

Passamos, assim, a analisar as hipóteses mais ocorrentes de admissibilidade de provas inicialmente tidas como ilícitas, em nome da admissão do princípio da proporcionalidade.

13 RELATIVIDADE NAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE TORTURA OU MAUS-TRATOS

Capez (1999, p. 250) assegura que a *teoria da proporcionalidade*, pela qual admite-se, às vezes, uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade, quebrando-se, assim, um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável, tem sido dia a dia mais difundida. Até mesmo a Suprema Corte Americana, suposta criadora da doutrina da *Exclusionary Rule*, apregoa hoje o *princípio da razoabilidade*, o *reasonableness*, de forma a admitir como válida, em alguns casos extremos, até mesmo a confissão obtida mediante tortura.

Os casos de tortura ou similares podem compreender coação ou ofensa da integridade física ou moral das pessoas, entendidas como as que se obtém (eventualmente até com o consentimento da pessoa) mediante perturbação da liberdade de vontade ou de decisão, por meio de maus-tratos, ofensas corporais, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos e similares; perturbação por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; utilização da força, fora do caso e dos limites permitidos pela lei; ameaça com medida

legalmente inadmissível, e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; promessa de vantagem legalmente inadmissível etc. Em todas estas hipóteses, pode-se, eventualmente, admitir o princípio da razoabilidade, desde que o seu emprego for justificado por vantagens em prol da sociedade superiores às desvantagens apresentadas para o indivíduo. É que, em alguns casos, o agente pode, eventualmente, pretender fazer indevido uso dos seus direitos particulares em prejuízo de toda uma sociedade, que, evidentemente, também conta com direito e proteção legal.

14 RELATIVIDADE NAS PROVAS CONSEGUIDAS COM INFRINGÊNCIA À INTIMIDADE

Moreira (1980, p. 9) adverte textualmente que “[...] a absolutização do direito à intimidade acarreta uma restrição à liberdade da parte de produzir prova em juízo.”³⁴

Andrade (1992) aborda uma classificação da vida privada, para fins de aplicação da tutela jurídica, criada pelo Tribunal Constitucional alemão, a saber:

- a) a periférica área da vida normal de relação – o conteúdo objetivo de certas expressões da pessoa, um tanto desligado da sua própria personalidade como, por exemplo, acesso às anotações das encomendas de um cliente em um armazém, ou as ordens de um investidor anotadas pelo corretor da bolsa de valores. As lesões, nesse caso, seriam toleradas, por não terem o caráter absolutamente privado;
- b) esfera da vida privada – diz ser a *área normal da vida privada*. Agora, já mais ligado às relações sociais da pessoa. Respeitado o *princípio da proporcionalidade*, a violação dessa área seria legítima desde que valores ou interesses superiores o exigissem. O exemplo citado é o de gravações telefônicas sem o conhecimento de qualquer dos envolvidos, admitidas sempre que necessárias para o combate de crimes mais graves;
- c) esfera da intimidade – a mais central das áreas da vida particular, que goza de proteção absoluta. *Inviolável e intangível*. Estariam proibidas, a princípio, quaisquer cogitações de violação para fins de provas a esse respeito, por atingir o âmago do indivíduo. Seriam os assuntos relacionados às preferências sexuais do indivíduo, eventuais doenças graves de que seja portador etc.

Interessante, todavia, anotar que o próprio Andrade (1992) admite mais à frente em sua obra, que o princípio da proporcionalidade tem prevaleci-

³⁴ Para maior aprofundamento sobre o assunto, consultar monografia do Ministro Raphael de Barros Monteiro, publicada na Revista dos Tribunais, v. 194.

do até mesmo sobre a área nuclear da intimidade referida na letra “c” acima. Cita como exemplo concreto a decisão do Tribunal alemão em valorar um diário íntimo como meio de prova de um homicídio qualificado. Registra, portanto, que todo direito individual, por mais especialíssimo que seja, poderá ceder em casos extremamente graves, tendo em vista o equilíbrio entre os valores fundamentais contrastantes. Por isso, o assunto seria uma questão a ser respondida caso a caso, para atender a todas as circunstâncias particulares.

14.1 O sigilo bancário

Eis que a questão do sigilo bancário pode ser compreendida no comumente denominado *sigilo de dados*. A quebra do sigilo bancário, além de admitida explicitamente pelas modernas legislações,³⁵ é igualmente defendida pelos doutrinadores³⁶ e pela jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL — HABEAS CORPUS — QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (art. 5º, X e XII, da CF). I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo face a determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do órgão do parquet federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida. (BRASIL, 1995).

Havido como uma das expressões da personalidade da pessoa, o sigilo bancário abriga informações sobre haveres, dívidas ou movimentações de cartões de crédito, daí desfrutar de proteção constitucional, só podendo ser quebrado para atender a um interesse maior que o particular: o interesse públi-

³⁵ No Brasil, contrariando aparentemente a Constituição de 1988 (art. 5º, XII) que determina sigilo absoluto dos dados da pessoa, a Lei nº 9.034, de 03.05.1995, que regulamentou a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, trouxe no art. 2º, III:

“Art. 2º Em qualquer fase da persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.”

³⁶ Gomes (apud MOSSIN, 1996, p. 57) teria escrito ‘Uma das providências mais importantes para a investigação e apuração do crime organizado, indubitavelmente, é a quebra do sigilo bancário [...]’.

co da punição dos criminosos.

Princípio, todavia, a ser observado, quando houver quebra do sigilo, é o da preservação do *status dignitatis* do acusado que, como sabemos, poderá vir a ser absolvido e ter a sua reputação indevidamente maculada. Dado a isso é necessário que se imponha sempre ao procedimento o segredo de justiça.

14.2 As gravações não consentidas de conversas particulares

O raciocínio aplicável é o mesmo dos demais tópicos, sendo o assunto ilustrado com uma jurisprudência do Tribunal gaúcho:

PRIVACIDADE – DIREITO CONSTITUCIONAL – art. 5º, inciso X, da Constituição da República – Mandado de Segurança visando a apreensão de gravação clandestina, juntada aos autos de processo judicial – A só gravação de conversa familiar por pessoa da própria família, não envolvendo, *prima facie*, assuntos íntimos, mas negócios restritos ao âmbito familiar, não caracteriza violação da intimidade ou privacidade dos participantes do diálogo. A norma constitucional consagra direito que diz com a dignidade pessoal, valor personalíssimo, insuscetível de ser objeto de leilão, por interesses de outrem ou do próprio estado. A norma constitucional veda o controle do modo de ser do cidadão, do indivíduo, a publicização do seu jeito de ser. A garantia constitucional se amplia para o núcleo familiar, invioláveis suas reuniões, por terceiros, estranhos à entidade familiar. A norma visa à preservação da *aexistimatio* própria ou familiar. Indeferimento de liminar em MS mantido.” (RIO GRANDE DO SUL, 1990).

14.3 Provas alcançadas com a violação às correspondências e ao domicílio da pessoa

A princípio, o domicílio não pode ser violado, a menos que fundadas razões o autorizem. É o caso, por exemplo, de flagrante delito, desastre, ou necessidade de qualquer socorro. Evidente que uma prova colhida nessas circunstâncias especiais será válida.

Quanto às correspondências, “[...] a matéria não é pacífica quer na doutrina, quer em sede jurisprudencial, havendo quem sustente, com base na relatividade das liberdades públicas, a aplicação do princípio da

proporcionalidade, de modo a ser possível, em casos graves, a violação do sigilo das correspondências: 'Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.'"³⁷

Grinover³⁸ é outra que admite, em casos de extrema necessidade, a interceptação de correspondências particulares, ao dizer que a lei é a '[...] única forma de proteger, de *iure* e de fato, o indivíduo contra interceptações indevidas efetuadas por particulares e pelo poder público, sem privar a este o uso de instrumento que não difere, ontologicamente, de uma apreensão de correspondência e que pode constituir-se no único meio para a colheita de provas atinentes a crimes de extrema gravidade.'

14.4 Provas granjeadas mediante devassa das comunicações

A questão das escutas telefônicas tem despertado, de longa data, os mais acirrados debates entre os operadores do direito no Brasil, em especial, com a edição da Constituição de 1988, quando o assunto ganhou proteção constitucional,³⁹ recebendo o *status* de garantia individual, só podendo sofrer violação por decisão judicial, nos moldes que ficasse estabelecido em futura lei complementar. A controvérsia perdurou até 1996, quando, então, editou-se a Lei n° 9.296, de 24.07.1996,⁴⁰ regulamentando as hipóteses da quebra da inviolabilidade da comunicação telefônica sob ordem judicial,⁴¹ tendo-a como relativa.

³⁷ MORAES, Alexandre de (apud CAPEZ, 1999, p. 35).

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini (apud MOSSINI, 1996, p.58).

³⁹ Com efeito, a CF/88, em seu Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, XII, estabelece o seguinte, *in verbis*: "é inviolável o 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;"

⁴⁰ Referida Lei aponta que:

- a) só se defere a medida quando o investigado seja acusado pelo menos da participação em infração punida com pena de reclusão;
- b) que a prova, imprescindível, não possa ser obtida por outros meios de investigação;
- c) a escuta telefônica clandestina ou interceptação telefônica pura e simples, é crime, punida com até quatro anos de reclusão;
- d) ante o silêncio da norma, a ação penal será pública e incondicionada;
- e) é indispensável a efetiva participação e acompanhamento do Órgão Ministerial em todas as fases e etapas do incidente de interceptação telefônica;
- f) necessário também que o incidente de interceptação telefônica tramite em autos apartados e apenso à ação penal ou inquérito policial respectivos, em segredo de justiça;
- g) a parte da gravação que não interessar à prova será inutilizada, também por decisão judicial, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada;
- h) as interceptações não autorizadas são crimes punidos com pena de dois a 4 anos de reclusão e multa.

Sá Júnior (1983, p. 309) afirma: “Se às conversas telefônicas puderem, como parece, ser aplicadas as mesmas conclusões relativas a missiva escrita, desde logo afirmar-se-ia que qualquer dos participantes de uma conversa telefônica adquire o direito de ter e de usar, como se fosse dono aquilo que ouviu do outro.”

A jurisprudência tem se postado tranqüila quanto ao tema, em especial se a gravação da conversa for do conhecimento de pelo menos um dos participantes do diálogo. Vejamos:

PROVA – Gravação de conversa telefônica – Diálogo entre vítima e réu – Legalidade – Inexistência de interferência de terceiro no interior da conversação – Inteligência do art. 5º, XII, da CF – Declaração de voto – O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem a aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se denomina interceptação, dando azo à gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar o teor de conversações, sem uso de aparelho telefônico. (SÃO PAULO, 1992b).

PRODUÇÃO DE PROVA CONSISTENTE EM GRAVAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA – Admissibilidade. Moralmente ilícito é a interferência de terceiro. Cumpre ao Juiz apreciar o valor do documento, se necessário, através de perícia. (SÃO PAULO, 1992b).

⁴¹ Além do Brasil, o princípio se faz presente na legislação das seguintes nações, entre outras:

Portugal: “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.” Conforme o art. 34º, n.º 4 da Constituição da República. O art. 187 do CPP disciplina as possibilidades de violação;

Itália: é permitida a interceptação judicial da comunicação telefônica nos arts. 266 e seguintes do CPP, vez que a Constituição tratara o assunto de forma genérica;

Suíça: a interceptação telefônica é permitida nos casos de crimes graves, conforme art. 7º da Lei Federal sobre Correspondência Telegráfica e Telefônica, de 20.12.68, vez que a CF atual (de 29.5.1874) desconhece a matéria;

França: “A livre comunicação de pensamento e da opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo o cidadão pode portanto falar, escrever, imprimir livremente, ressalvada a responsabilidade pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei”, conforme art. 11 da Declaração de 1789 (repetido na CF de 1946). Os arts. 369 e seguintes do CP admitem a interceptação com *justa causa*. A jurisprudência tem admitido amplamente a interceptação por ordem judicial;

Dinamarca: por expressa autorização constitucional, o art. 750-a do CPP permite a interceptação para crimes apenados com mais de 8 anos de reclusão e aqueles que dizem respeito à segurança nacional.

Alemanha: os arts. 100-a seguintes admitem a interceptação, vez que o sigilo, em tese, está previsto na Constituição.

Assim, apesar de vedada a violação das comunicações telefônicas, por atingir a intimidade da pessoa, é ela admitida, em especial se destinada a defender-se como, por exemplo, nos casos da gravação feita a pedido da vítima dos crimes de extorsão.

15 RELATIVIDADE DAS PROVAS CONSEQUÊNCIAS DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

Capez (1999) garante que nos Estados Unidos da América constata-se acentuada e progressiva expansão da relatividade na proibição das provas derivadas em especial se voltadas para a defesa do réu, hipótese em que funcionaria como uma espécie de *estado de necessidade*. Tal expansão é ainda mais notável depois dos recentes atentados terroristas. Gonçalves (1999), igualmente, assegura que naquele país, no que respeita às provas obtidas a partir de uma prova ilícita, prevalece a doutrina da árvore envenenada, contudo sempre minorada pelo *princípio da razoabilidade*. Relata que na Alemanha o efeito à distância das proibições de prova não é ainda menos radical, sendo objeto de ponderação casuística da jurisprudência, e conclui: “[...] solução esta que consideramos preferível.”

Um caso hipotético: pelos depoimentos das duas únicas testemunhas de um processo, o juiz chega à certeza de que o acusado de um crime grave é inocente. Ocorre que a parte final dos depoimentos deixa claro que o acusado só conseguiu arrolar tais testemunhas porque obteve seus nomes numa interceptação clandestina de uma correspondência. Nessas circunstâncias, a carta não poderia servir de prova em juízo, conquanto obtida de forma ilícita. Mas, o que dizer dos depoimentos das testemunhas que de certa forma dela derivaram? Evidentemente, devem em tal hipótese ser admitidos.

Como agiria por certo um tribunal da Colômbia que devesse decidir os destinos da rede de tráfico de entorpecentes, que tantos jovens têm aniquilado naquele país e quase no mundo inteiro, cuja prova decisiva para a condenação fosse derivada de uma interceptação telefônica ilegal?

Também aqui o caso concreto parece exigir que a prova ilícita consequencial seja admitida, dado à preponderância do interesse social na punição dos traficantes.

Determinadas provas chegam de forma fortuita ao conhecimento das

⁴² O STF, todavia, aceitou a interferência de terceiro, no HC nº 74.678-1 – DJU 15.08.1997.

autoridades e podem, numa primeira visão, ser tidas como ilícitas. Andrade (1992, p. 275) coloca o seguinte exemplo:

Na base da suspeita do seu envolvimento numa *associação criminosa*, que se dedica ao furto e venda ilícita de automóveis, foi o telefone de A colocado sob escuta. O que permitiu saber, *inter alia*, que a pedido de B, cidadão estrangeiro, e inteiramente à margem das atividades da suposta associação criminosa, A procedeu à falsificação de um passaporte nacional em favor de B.

A dúvida que poderia daí surgir é se A deveria ou não ser punido pela falsificação do passaporte, já que o conhecimento de tal fato se deu de forma não diretamente autorizada. A solução apontada pelo doutrinador é que A deveria ser punido também pelo crime da falsificação do documento, muito embora não fosse esse o propósito direto da autorização da interceptação telefônica, “como aliás pensa também a doutrina e a jurisprudência alemã.” Trata-se de mais uma forma de emprego do princípio da razoabilidade.

CONCLUSÃO

Cabe ao Estado de direito promover, entre outros, a Justiça Penal. Para conseguir tal desiderato, necessitará descobrir a verdade dos fatos, proteger, perante si mesmo, os direitos fundamentais da pessoa e restabelecer a paz jurídica comunitária posta em causa pela prática do crime, reafirmando, consequentemente, a validade da norma violada.

Na antinomia Estado-Indivíduo, persistem, de lados opostos, a manutenção dos princípios fundamentais tradicionais do processo penal e a luta contra a criminalidade, ambas tarefas legítimas do Estado de direito. Em outras palavras, a conflitualidade bipolar se dá entre os direitos entendidos como básicos do indivíduo e os valores ou metas a alcançar com a Justiça Penal. Cabe, evidentemente, ao Estado não apenas consagrar, de forma positiva, os princípios fundamentais do processo penal e protegê-los mas também assegurar os necessários meios de reação, de forma eficaz, contra o odioso acréscimo da criminalidade e contra as perturbações do processo penal.

Aos menos avisados poderá parecer convidativa a idéia de um alastramento desenfreado das proibições de prova, sob um suposto manto do Estado de direito. Paradoxalmente, é inegável o fato de que fantasioso ganho traria consigo perdas mais acentuadas da mesma idéia, pois tal proibição material-

zar-se-ia exatamente em prejuízo da tão reclamada luta contra a criminalidade, que evidentemente é uma tarefa legítima do Estado de direito.

Sobressai da Constituição Federal de 1988 o princípio da razoabilidade, nos mesmos moldes em que prevê a doutrina alemã, como um princípio constitucional não escrito, na medida em que analisa a proibição de uso das provas ilícitas como disposição inserta no Capítulo I do Título II dos Direitos Individuais e Coletivos, e é esse mesmo Título que confere à coletividade o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bens que muitas vezes têm sido violados pela ação do agente fato criminoso, cuja intimidade e privacidade estariam acobertadas pela cláusula da vedação. Daí a necessidade de se homenagear o princípio de equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes, analisando caso a caso as vantagens e as desvantagens do emprego da razoabilidade.

É inafastável a constatação de que os direitos fundamentais não existem para tutelar apenas a pessoa do cidadão mas também o interesse da comunidade como um todo, da qual, aliás, emana o Direito e o Processo Penal. Até mesmo por isso é que o indivíduo não pode abrir mão de tais direitos, pois isso poderia implicar prejuízo não apenas para o cidadão, mas poder-se-ia ofender igualmente os interesses do Estado.

Além do mais, compete à Justiça, sempre que se defrontar com cláusulas ilegais restritivas de direitos sociais, apreciar até que ponto seriam elas justificadas pelo interesse público, para só então tê-las como legítimas ou não.

Estamos convictos de que, no Brasil, a exemplo do que se passa no resto do mundo, caminhamos para certa relativização racional da proibição de provas ilícitas, em nome da prossecução da Justiça Penal. Hoje os direitos fundamentais e os interesses do indivíduo perdem a sua unidimensionalidade para ganharem uma valência sistêmico-social. Essa dupla natureza implica dizer exatamente que não se constituem apenas direitos subjetivos mas também direito objetivo, não podendo ser pensados só do ponto de vista dos indivíduos, como faculdades ou poderes de que eles são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins a que ela se propõe seguir.

Por certo, haveremos de concluir que o princípio da proibição das provas obtidas por meios ilícitos e suas derivadas, extraordinariamente, pode ser desconsiderado, se for confrontado com um interesse que lhe seja superior.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1992.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Madrid: Trivium, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: EJE, 1971. v. 1.

BÍBLIA Sagrada. A. T. *Deuteronômio*. Tradução de João Ferreira Almeida. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. Cap. 17.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 4.138-RJ. Impetrantes e pacientes: Waldemir Paes Garcia e outro. Impetrado: Desembargador Relator da ação penal nº 1094 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 05 de março de 1996. Relator: Min. Adhemar Maciel. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 maio 1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (2. Região) Habeas corpus nº 95.02.22528-7-RJ. Relator: Juiz Valmir Peçanha. Brasília, 14 de novembro de 1995. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 fev. 1996.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 34, p. 192, jul. 1985.

CANOTILHO, Joaquim José. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1974, v. 1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. CD-ROM. Produzida por Lexicon Informática.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v.

1, t. 1.

GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZALEZ, Fernando. *La prueba en el proceso penal*. Oviedo: Forum, 1991.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 11. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1999.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GUERRA, João Baptista Cordeiro. O valor probante das confissões extrajudiciais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 285, p. 1-6, jan./mar. 1984.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoria y ley procesal generales*. Barcelona: Bosch, 1990.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito*. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/associados/dalla/demoro.htm>>. Acesso em: 1º ago. 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 11. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. Título original: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: A. M. Teixeira, 1912.

MEHMERI, Adilson. *Manual universitário de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São

Paulo: Revista Tribunais, 1998.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MORAES, Alexandre de. *Direitos e garantias individuais*. São Paulo: Curso MPM: Curso preparatório aos concursos de ingresso nas carreiras jurídicas, 1998. Apostila.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p.101-114, jul./dez. 1996.

_____. *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Sigilo bancário e interceptação telefônica. *Revista de Jurídica*, Porto Alegre, v. 44, n. 221, p. 56-65, mar. 1996.

NOVA Enciclopédia Barsa. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações 2001. 1 CD-ROM.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 40, n. 3, 1985.

RIBEIRO, Darcy Guimarães. Tendências modernas da prova. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 218, p. 5-22, dez. 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo regimental nº 590.019.089-8 — Comarca de Pinambi. Relator: Des. Lio Cezar Schmitt. Porto Alegre, 17 de abril de 1990. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 38, n. 157, p. 101, nov. 1990.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

SANTIS MELENDO, Santiago. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 171.084-1/0 —

Comarca de São José dos Campos. Relator: Des. Euclides de Oliveira. São Paulo, 24 de março de 1992. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 40, n. 181, p. 72, nov. 1992.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Correição parcial nº 126.826-3/0 – Comarca de Santa Cruz das Palmeiras. Corrigente: Justiça Pública. Corrigida: Daysi Ciaco de Oliveira. Relator: Des. Denser de Sá. São Paulo, 16 de setembro de 1992. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 693, p. 341, jul. 1993.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 1993. v. 2.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Introdução ao estudo da prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 247, p. 27, 1974.

SIRACUSANO, Delfino et al. *Manuale di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1999-2001. 2 v.

SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 32, n. 33, p.19-29, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Exposição de motivos da proposta do Ministério da Justiça de alteração do Código de Processo Penal brasileiro.⁴³ *Vade-Mecum Jurídico*. 7. ed., em CD-ROM. Porto Alegre: Júris Síntese Ltda., 1997.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

VILAS BOAS, Alberto. *Código de Processo Penal*: anotado e interpretado. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. Título original: Strafrechts.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴³ A proposta, segundo consta, teria sido elaborada pelo conjunto dos seguintes juristas, por ordem alfabética, além de outras eventuais presenças: os Professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Nabor Areias Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Edson Freire O'Dweyer, Fátima Nancy Andriighi, Francisco Camargo Lima, José Barcelos de Souza, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Flávio Gomes, Luiz Luís, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Roberto Maurício Genofre, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Agostinho Beneti.