

LIBERDADES PÚBLICAS E DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

José Benjamim de Lima*



Abstract

The criminal proceeding, which is an instrument to put criminal law into practice, is also a tool of protection of public liberties. The right to bring evidence requires respect to the fundamental rights and guarantees and to the dignity of the human being. To produce evidence by illegal means, that is to say, violating the fundamental rights and guarantees is inadmissible. Once the judge states its illegality, the evidence has to be ignored, it can neither produce legal effects, nor, in any circumstances, influence the final judgement. However the prohibition to use illegal evidence cannot be understood as absolute or unconditional, for it requires a more flexible interpretation in some extraordinary cases, applying the Principle of Proportionateness.

Key-words

Public liberties, criminal process, the right to bring evidence, illegal evidence, principle of proportionateness.

Resumo

O processo penal, instrumento de aplicação da lei penal, é também instrumento de tutela das liberdades públicas. A prova, direito das partes, pressupõe o respeito aos direitos e garantias fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Sua obtenção por meio ilícito, vale dizer, violando direitos e garantias fundamentais, é inadmissível. Uma vez declarada sua ilicitude pelo juiz, ela não pode gerar efeitos, não podendo ser considerada, nem, de qualquer modo, influir na sentença. Contudo, a proibição da prova ilícita não pode ser entendida como absoluta, devendo ser relativizada em situações excepcionais, com aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave

Liberdades públicas, processo penal, direito à prova, prova ilícita, princípio da proporcionalidade.

* Professor de Processo Penal da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília/SP. Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro/Jacarezinho-PR.

1. O processo penal entre o direito de punir e o direito de liberdade

O processo penal é o único instrumento por meio do qual o Estado exerce seu direito-dever de punir as infrações penais. Somente através da jurisdição se realiza, no plano concreto, o Direito Penal, campo em que está vedada a auto-executoriedade estatal ou privada. É, também, no mesmo patamar de relevância, instrumento de tutela da liberdade jurídica dos acusados.

É dessa permanente tensão entre o direito da sociedade de defender-se, reprimindo e prevenindo crimes, e a necessidade de garantir o direito de liberdade e os valores da pessoa humana, que se alimenta o processo penal.

Tal dicotomia - defesa social/direitos de liberdade -

assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação do Estado de sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado se transforma na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas (Grinover, 1982, p. 20).

Conforme anota Chiavario (1994, p. 25),

o processo penal foi bem definido como um dos terrenos privilegiados para experimentar a autenticidade civil e democrática de um regime político: pelo modo como resultam fixadas as regras que devem servir ao Estado para determinar se um indivíduo é inocente ou culpado, e pelo modo como resultam organizadas as relações entre os vários sujeitos que operam no processo penal e as suas respectivas atividades, se podem extrair alguns entre os elementos mais preciosos para valorizar se e quando um povo, se e quando uma sociedade são coerentes com as suas afirmações de apego aos valores da civilização, da liberdade e da democracia.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, enquanto expressão de um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos, entre outros valores, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF/88, artigo 1º, incisos II e III), garantiu, aos

brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (CF/88, art. 5º, *caput*).

Esses direitos e garantias fundamentais se particularizam, nos diversos incisos do artigo 5º da CF/88 em outras tantas regras mais específicas, entre as quais se incluem as relativas aos direitos de personalidade: o direito à integridade física e moral, à intimidade (com a proteção constitucional à vida privada, à honra e imagem, à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, dos dados e comunicações pessoais) e à liberdade física e psíquica (de locomoção, de pensamento e sua expressão, de não sofrer constrangimentos senão em virtude de lei). Tais direitos encontram expressão, ainda, na proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante.

Trata-se, basicamente, dos chamados direitos de liberdade ou liberdades públicas, tradicionalmente entendidos como direitos às ações negativas, na medida em que

exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos (Bobbio, 1992, p. 21).]

É nesse contexto de garantia das liberdades públicas e dos direitos dos acusados que a questão da prova no processo penal adquire relevância porque é sobretudo no âmbito da atividade probatória desenvolvida no processo ou para o processo que se verifica (ou não) o respeito aos direitos fundamentais materiais. A atuação dos sujeitos processuais nesse campo, em especial a atividade desenvolvida pelos órgãos estatais de persecução penal (Polícia, Ministério Público, Juiz), não se pode fazer sem o respeito aos direitos do acusado.

O direito à prova, vale dizer, o direito de buscar a verdade no processo, quer seja exercido pelo Estado, quer o seja pelo réu, terá sempre como limite ético-constitucional os direitos e garantias fundamentais, as liberdades públicas.

Contudo, é importante ter em mente que na doutrina constitucional moderna

as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da

convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias (Grinover, 1990, p. 60).

Os direitos individuais, assim como as suas limitações, são hoje entendidos em sua dimensão social, como "direitos do homem inserido na sociedade", superando-se, assim, uma concepção de individualismo exacerbado, por outra que exige equilíbrio entre os direitos individuais e os direitos da sociedade.

Isso não significa, entretanto, que as atividades estatais no processo penal não tenham limitações na busca da verdade, visando ao exercício do direito de perseguir e punir. O processo penal, como já se afirmou, é também instrumento de tutela da liberdade do acusado e, enquanto tal, no embate com o Estado, o acusado não pode, jamais, ser reduzido a níveis incompatíveis com a sua dignidade (Grinover, 1990, p. 60-61).

2. O direito à prova no processo penal

O direito à prova, corolário do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e do direito ao devido processo legal, está implícito em nosso ordenamento constitucional e sua *praxis* - sempre orientada pelo princípio da legalidade - tem regulamentação na legislação codificada. Essa normatização, entretanto, mostra-se insuficiente, razão pela qual, nesse âmbito, a construção doutrinária e a atuação da jurisprudência vêm tendo papel relevante.

Num sistema de base preponderantemente acusatória, como é o nosso, o direito à prova é sobretudo um direito das partes, em que pese manter o Juiz amplos poderes instrutórios, o que lhe permite desenvolver também atividade probatória. O brocardo "os crimes não podem ficar impunes" e o ideal ético do processo justo e da justa decisão impulsionam o processo penal em busca da verdade real. Verdade real que, diga-se, coloca-se mais como um horizonte e que nem sempre se verifica na *praxis* do processo, reduzindo-se, concretamente, no mais das vezes, à verdade processual.

Considerado em toda a sua extensão, o direito à prova inclui não só o direito de requerer e propor provas, mas também o de vê-las

admitidas e efetivamente produzidas, com a participação das partes (em contraditório) e do juiz, assim como o direito a que sejam as provas produzidas objeto de apreciação e valoração - livre, mas imparcial e lógico-racionalmente fundamentada - pelo julgador (Gomes Filho, 1997, p. 85-89; Fernandes, 1999, p. 66-70)..

Em que pese ser orientado pela busca da verdade real, o direito à prova não é um direito absoluto. A atividade probatória deve ceder, em face da tutela que o ordenamento jurídico confere a outros valores tão ou mais importantes que a busca da verdade para a boa aplicação da Justiça. Não se pode realizar em prejuízo ou em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

Conforme anota Ada Pellegrini Grinover;

é no processo penal que o Estado de direito se preocupa em colocar limites aos poderes de investigação pública e privada, como proteção ao indivíduo (Grinover, 1982, p. 92).

Assim, para que a prova ingresse no processo, seja reconhecida válida e produza efeitos, deve ser legalmente admissível, isto é, não vedada, ou por ilicitude (violação a uma norma de direito constitucional ou material), ou por ilegitimidade (contrária a uma norma de direito processual impeditiva).

3. A proibição da prova ilícita

A proibição das provas obtidas por meios ilícitos, princípio ético do processo moderno, ganhou entre nós *status* de garantia fundamental a partir da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: "São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos" (artigo 5º, inciso LVI).

Com relação ao tema admissibilidade/inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, três posições principais se firmaram: 1ª) a prova ilícita, desde que verdadeira, deve ser admitida; 2ª) a prova ilícita não pode ser admitida, qualquer que seja a hipótese; 3ª) a prova ilícita pode ser admitida em determinadas circunstâncias, levando-se em conta os bens jurídicos em conflito. (Confira-se a respeito: Scarance Fernandes, 1999, p. 79).

A primeira posição, fundada na relevância do princípio da busca da verdade real

e da regra de que “os crimes não podem ficar impunes”, argumenta que o modo como foi obtida a prova não interfere no seu conteúdo material, vale dizer, no seu conteúdo de verdade. Assim, se se busca a verdade real, não há como deixar de atribuir valor probatório a qualquer meio de prova que traga ao juiz o conhecimento verdadeiro da existência do fato e suas circunstâncias, independentemente do modo como foi ela obtida. Aquele que agiu ilicitamente na obtenção da prova deve responder pela ilicitude que cometeu, recebendo punição, se for o caso, sem prejuízo da admissibilidade da prova.

A segunda, exatamente ao contrário, considera que a atuação ilícita de quem quer que seja, principalmente do Estado e seus funcionários, na obtenção da prova, é inaceitável e tem como corolário a invalidação dessa prova, independentemente da punição de quem violou direitos para obtê-la. Segundo essa corrente, admitir prova assim conseguida significaria prestigiar a própria ilicitude, o que não se coaduna com os princípios éticos que devem orientar o processo e a atuação de seus sujeitos, notadamente a atuação estatal. Admiti-la quando obtida nessas condições será sempre um estímulo à ilicitude ou ilegalidade.

Pela terceira posição, intermediária, sopesados os bens jurídicos tutelados em confronto, é possível a admissão de prova ilícitamente obtida “na hipótese de o bem jurídico alcançado com a prova ser de maior valor que o bem jurídico sacrificado pela ilicitude da obtenção” (Greco Filho, 1997, p. 200). Aplica-se, aqui, o princípio da proporcionalidade como critério de relativização da proibição constitucional.

Exemplo comumente mencionado é o de uma prova ilicitamente obtida que demons-

trasse a inocência de alguém, impedindo assim a sua condenação. Em tal caso, haveria um confronto entre dois valores fundamentais, protegidos pela Constituição: de um lado, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; de outro lado, o direito de liberdade, que tem como corolário a garantia de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV da CF/88). Parece não haver dúvida de que, nessas circunstâncias, seria melhor admitir a prova ilícita e com base nela absolver, do que condenar um inocente.

No que se refere, entretanto, à utilização do princípio da proporcionalidade como critério para justificar a admissão de uma prova ilícita e condenar o réu, a doutrina é mais reticente, tendendo a afirmar a impossibilidade dessa utilização, uma vez que o inciso LVI do art. 5º da CF/88 parece ter privilegiado de maneira absoluta a legalidade processual, impondo-a como limite à busca da verdade real.

Contudo, deve-se levar em conta que não existem direitos absolutos; nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais (Greco

Filho, p. 201).

Nessa mesma linha, pondera Luiz Flávio Gomes:

A questão central segundo o constitucionalismo moderno, não é se o legislador pode ou não restringir direitos, senão se sua intervenção se dá dentro de limites excepcionais e proporcionais. Algumas normas constitucionais prevêm expressamente a possibilidade de limites a direitos fundamentais (...). Outras normas não contam com a previsão de restrição. Nem por isso foi restabelecida a doutrina dos direitos absolutos. Não existem direitos absolutos. Nem sequer o direito à vida,

“O direito à prova, corolário do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e do direito ao devido processo legal, está implícito em nosso ordenamento constitucional.”

que é o mais relevante é totalmente intangível.(Gomes, 1997, p. 173-174)

Mutatis mutandis, o que acima está dito com relação ao legislador pode ser entendido como sendo também o papel do juiz, a quem cabe, na aplicação do direito, intervir, dentro "de limites excepcionais e proporcionais", para solucionar questões que envolvem direitos fundamentais em colisão com direitos da comunidade.

Isso não significa colocar, genericamente, o interesse da perseguição penal, no mesmo plano dos direitos e garantias fundamentais. Adotar tal critério significaria contrariar frontalmente a clara opção do legislador constituinte pela inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, tornando-a letra morta.

Mas a opção constitucional, entretanto, como já afirmado, não pode ser entendida em termos absolutos. Se o fosse, não se poderia utilizar uma prova obtida ilicitamente para demonstrar a inocência de alguém. Essa possibilidade já demonstra, por si só, que o princípio da proibição da prova obtida ilicitamente não é absoluto, estando sujeito à ponderação. E no caso de prova em desfavor do réu, poderá haver situações singulares que justifiquem, igualmente, a ponderação.

Sempre competirá, pois, ao juiz, no caso concreto, quando houver conflito entre direitos e garantias fundamentais, confrontar e sopesar os bens jurídicos envolvidos, a fim de admitir ou não a prova obtida ilicitamente (nesse sentido: Scarance Fernandes, 1999, p. 82; Barbosa Moreira, 1996, p. 15).

Justificar-se-á a aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, também conhecido pela expressão oriunda da doutrina alemã como princípio da proibição do excesso, "em situações tão extraordinárias, que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais, desusuais e repugnantes"(Grinover, 1982, p. 113).

É nesse sentido que a jurisprudência alemã e de outros países (Gomes Filho, 1997, p. 105), com fundamento da teoria da proporcionalidade, têm admitido a derrogação de certas regras de exclusão de prova, em especial quando se trata de melhor prevenir e reprimir a criminalidade grave e organizada. O

argumento é o de que a efetiva realização da justiça é igualmente bem jurídico de extrema importância no Estado de Direito, legitimando, em certas situações, o sacrifício dos direitos individuais.

No dizer de Gomes Filho (1997, p. 106),

não se pode contestar que o critério da proporcionalidade encontra hoje agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, e de outras expressões mais agudas da criminalidade.

Em nota de rodapé, Gomes Filho menciona a legislação anti-máfia italiana e a legislação anti-terrorista de diversos países da Europa ocidental.

Cumprir observar, entretanto, que a aplicação do princípio da proporcionalidade não é pacífica e nem isenta de críticas.

Em primeiro lugar porque há risco de excessivo subjetivismo judicial na sua utilização, trazendo insegurança jurídica. Para minimizar esse risco e garantir a segurança jurídica é indispensável que os tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, construam, a partir de reiteradas decisões, essa valoração proporcional de bens jurídicos em colisão.

Depois, sua aplicação *pro societate* em matéria de prova ilícita é sempre discutível do ponto de vista ético, já que é inaceitável que o Estado, por seus funcionários, utilize-se de meios imorais e ilícitos na obtenção da prova, com violação dos direitos e garantias individuais.

De qualquer modo, eventual ponderação de bens jurídicos, com derrogação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, só se justifica mesmo em situações realmente excepcionais, se considerarmos a clara opção do legislador constituinte pela rejeição da prova ilícita.

Tratando-se de um princípio, havendo colisão com outro princípio igualmente relevante, a solução deve ser buscada pelo critério da ponderação, verificando-se qual deles tem um peso maior no caso concreto. Nas palavras de Robert Alexy (1993, p. 89):

Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar invá-

*lido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.*²

3.1. A prova ilícita por derivação

Como desdobramento do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, surge a questão de saber até que ponto uma prova ilícitamente obtida repercute sobre outras provas do processo, transmitindo-lhes, por contaminação, o mesmo vício de ilicitude, resultando, tal como na prova primitiva, sua inadmissibilidade ou invalidação.

Não é infrequente que uma interceptação telefônica, uma busca e apreensão ilícita ou irregularmente executada, uma prisão ilegal ou uma confissão obtida maliciosamente ou mediante violência física ou moral, tragam informações que possibilitem a obtenção de outras provas do crime: a busca e localização de um cadáver num homicídio, a apreensão de coisas produto de roubo, de uma certa quantidade de entorpecente, a delação de um co-autor, etc.

Ainda que as diligências subsequentes para encontrar o cadáver, para apreender as coisas roubadas ou a carga de entorpecen-

te, para incriminar o co-autor, etc, tenham sido em si mesmas lícitas e regularmente executadas, elas só teriam sido possibilitadas pela ilicitude inicial. Essas provas, derivadas daquela diligência ou prova primitiva, ilícita, estariam contaminadas pela mesma mácula original?

Muitos doutrinadores respondem positivamente a essa indagação. Trata-se da conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada ou venenosa (*fruits of the poisonous tree*), também chamada *taint doctrine*, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, segundo a qual não se pode admitir como lícita e válida nenhuma prova que se tenha produzido a partir de ou como consequência de outra prova ilicitamente obtida ou de diligência ilicitamente realizada, com violação de direito ou garantia fundamental. A doutrina alemã fala em **efeito à distância** (Gomes Filho, 1997, p. 109).

No direito brasileiro o tema já foi ao Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento do HC 69.912-0/RS³, mostrando-se a Excelsa Corte bastante dividida quanto ao assunto, embora na ocasião, por razões circunstanciais, tenha saído vencedora a corrente que admitiu a ilicitude da prova por derivação.

Entendemos que a aplicação da teoria da ilicitude da prova por derivação, em princípio correta, não pode ser levada até as últimas consequências e entendida em sentido

absoluto. Deve se submeter a alguns temperamentos. Adotá-la de forma rígida e indiscriminada "levaria a que não pudesse ser aproveitada qualquer prova derivada" (Scarance Fernandes, 1997, p.68).

Posição inflexível nessa questão mos-



tra-se incompatível com a necessidade de preservar outros valores e direitos fundamentais também garantidos pela Constituição. Poderá, inclusive, haver situações em que o próprio criminoso, num contexto de atuação ilegal da polícia, terá o maior interesse em revelar detalhes e informações, que possibilitem o acesso a outras provas do delito, com o propósito deliberado de invalidá-las posteriormente, com base nesse princípio da contaminação.

Oportuna, quanto a esse tema, a crítica de José Carlos Barbosa Moreira:

A propósito: não merecerá particular reexame a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica, a doutrina dos 'frutos da árvore venenosa', em sua mais rígida formulação? Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais, a perspectiva de escapar às sanções cabíveis acaso contribuirá para satisfazer o generalizado clamor contra a impunidade, vista por tantos, com razões ponderáveis, qual fator relevante a aceleração do ritmo em que vai baixando o nível ético de nossos costumes - políticos e outros?" (Barbosa Moreira, 1996, p. 22)

Mesmo na jurisprudência americana, a doutrina da contaminação "se submete a atenuações significativas", como observa o mesmo autor (Barbosa Moreira, 1996, p. 22).

Entre essas atenuações ou limitações da regra dos frutos da árvore envenenada, a jurisprudência americana admite a limitação da "fonte independente" ("*independent source*"), a da "descoberta inevitável" ("*inevitable discovery*") e a da purgação ou purificação da contaminação ("*purged taint*").

No primeiro caso, uma fonte independente, lícita, substitui a fonte ilícita, validando a prova. No segundo, admite-se a prova quando se concluir que ela "seria inevitavelmente descoberta por uma investigação legal, sem relação com a violação ilegal" (Gomes Filho, 1997, p. 109). No último caso, o da purificação ou purgação da contaminação ou "mancha", ocorre a desvinculação da prova derivada da ilicitude inicial. É a situação do caso *Wong Sun x U. S.*, mencionado por Antô-

nio Magalhães Gomes Filho, com apoio em obra de Israel & LaFave, em que, após uma série de prisões ilegais e depois que um dos co-autores do delito tivera relaxada sua prisão e fora advertido sobre os seus direitos, resolveu esse co-autor, espontaneamente, confessar o seu envolvimento. Essa confissão foi considerada válida porque as circunstâncias atenuaram "a conexão entre a prisão e a prova obtida, dissipando o vício original" (Gomes Filho, 1997, p. 109)

4. A prova ilícita e sua exclusão material e jurídica do processo.

Diferentemente do Código de Processo Penal Italiano (artigo 190 e seguintes), nosso CPP não tem disposições específicas e detalhadas, regulamentando a atividade do juiz relativamente à admissibilidade e exclusão de provas. Entre nós, a admissibilidade é, via de regra, implícita. Mas nada impede que o juiz, a quem compete "prover a regularidade do processo" (art. 251 do CPP), exclua, de ofício, provas que julgue inadmissíveis.

Caso não haja exclusão ou invalidação de ofício, a parte prejudicada evidentemente poderá provocar provimento judicial a respeito, seja no sentido de impedir que uma prova ilícita ingresse no processo, seja para invalidá-la, uma vez tendo ingressado indevidamente.

Ao contrário do sistema processual americano, em que as provas, em princípio, ficam em poder das partes e são por elas apresentadas diretamente no Tribunal, o que permite questionar sua licitude ou legitimidade antes mesmo de seu ingresso no processo (Carvalho, 1995, p. 177), entre nós a prova, ao menos de acusação, é geralmente produzida de ofício pelos órgãos policiais, em fase pré-processual, sem que o investigado participe de sua produção e até mesmo, em certos casos, sem possibilidade de conhecê-las nessa fase (é o caso, por exemplo, dos procedimentos especiais ou incidentes especiais de meios de prova previstos nas leis 9034/95 e 9296/96, que se processam em apartado e aos quais nem o investigado e nem seu advogado têm acesso na fase investigatória).

Assim, exceto em algumas situações

processuais previstas em lei (depoimento de testemunha proibida de depor em razão de sigilo profissional, por exemplo), raramente o acusado poderá ter oportunidade de discutir a ilicitude ou ilegitimidade da prova antes de sua formação e ingresso nos autos. Em nosso sistema, o controle de admissibilidade da prova é geralmente feito *a posteriori*.

Contudo, se o investigado tiver conhecimento da existência de prova obtida ilícitamente durante a investigação policial não está impedido de buscar o seu desentranhamento do inquérito policial ou mesmo sua não produção, se tiver notícia prévia de sua realização. O mesmo vale para o processo, no qual o desentranhamento também deverá ser postulado.

No caso do inquérito policial, dependendo da situação, poderá o investigado impetrar *habeas corpus*, visando à não realização da prova ou a sua invalidação, com desentranhamento dos autos, ou até mesmo ao trancamento do inquérito policial, por falta de justa causa, se aquela prova é a única existente. Nesse sentido, menciona-se decisão do STF, anterior à CF/88 (RTJ 122/47), determinando não apenas o desentranhamento das gravações clandestinas, mas o trancamento do próprio inquérito policial, pela inexistência nos autos de outros elementos de convicção, não viciados, que pudessem justificar a continuidade da investigação criminal (Grinover e outros, 1992, p. 113-115).

No julgamento da causa, o juiz não poderá levar em conta aquela prova excluída por ter sido considerada inadmissível, tenha ou não sido desentranhada dos autos. O direito da parte é direito de exclusão jurídica da prova vedada (ilícita ou ilegítima), ou seja, ela deve ser considerada juridicamente ineficaz, não podendo produzir qualquer efeito. O julgador deverá analisar a causa como se aquela

prova jamais tivesse existido, desconsiderando-a inteiramente na formação de seu convencimento. Por isso, conveniente, além da exclusão jurídica, a própria exclusão física, pelo desentranhamento, de modo a evitar-se eventual consulta a ela, na fase de julgamento.

Entretanto, é claro que mesmo excluída a prova, pode ocorrer eventual influência de seu conteúdo na formação do convencimento do julgador, uma vez que, para decidir se a prova é admissível ou não, lícita ou ilícita, legítima ou ilegítima, o juiz terá que examiná-la. Mesmo determinando o seu desentranha-

mento, não há mecanismo processual objetivo capaz de evitar o impacto da contaminação psicológica de seu conhecimento pelo juiz e garantir que não gere qualquer efeito. A questão se insere no campo da subjetividade do juiz, que, em face de seu preparo técnico-profissional, deverá estar habilitado para, no processo mental de cognição, superar, pelo distanciamento crítico, o impacto de eventual contaminação psicológica⁴.

5. Conclusão

O disciplinamento constitucional e legal do direito à prova, em especial a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, constitui importante garantia das liberdades públicas e, por extensão, do respeito à dignidade da pessoa e aos direitos humanos.

Entretanto, a proibição da prova ilícita não pode ser interpretada em termos absolutos. Na busca do processo justo, o juiz deve ter presente, na aplicação da lei, o princípio da proporcionalidade.

Com fundamento nesse critério, poderá, em situações realmente excepcionais, consideradas as circunstâncias concretas do caso e dos bens jurídicos em conflito, admitir prova obtida por meios ilícitos.

“No julgamento da causa, o juiz não poderá levar em conta aquela prova excluída por ter sido considerada inadmissível, tenha ou não sido desentranhada dos autos.”

Essa valoração proporcional de bens jurídicos em conflito deverá ser construída a partir de reiteradas decisões de nossos Tribunais, de modo a garantir a segurança jurídica.

NOTAS

¹ Doravante, referida apenas como CF/88.

² Para Alexy as regras e os princípios são normas, porque dizem respeito ao dever ser e podem ser formuladas deonticamente (permissão, ordem ou mando e proibição). Norma é gênero do qual as regras e princípios são espécies. O que distingue as regras dos princípios é o fato de que aquelas só podem ser cumpridas ou não, enquanto estes, os princípios, podem ser cumpridos em diferente grau, dependendo das possibilidades reais e jurídicas. As regras seguem o regime do tudo ou nada, são válidas ou não; os princípios têm seu âmbito de possibilidades jurídicas determinado pelos princípios e regras opostos, segundo seu peso, aferido sempre no caso concreto. Cf. a respeito Alexy, op. cit., pp. 81 e ss., especialmente 83, 86 e 87.

³ A íntegra do v. acórdão pode ser lida na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 7/176-204.

⁴ Com a finalidade de evitar a influência psicológica de prova ilícita desentranhada do processo no julgamento da causa, projeto de reforma parcial de nosso Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, pretende que fique impedido de julgar o caso o juiz que decidiu sobre a ilicitude da prova e determinou sua exclusão do processo. Do julgamento da causa ficará incumbido outro juiz, que não tenha tido conhecimento da prova excluída. A proposta acrescenta parágrafos ao art. 157, entre os quais um 3º, com a seguinte redação: "O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença". (Cf. Reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal - Anteprojeto, publicação da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP e do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, com apoio da APMP - Associação Paulista do Ministério Público, página 68).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 11-22, jul./set. 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Código de Processo Penal, 41ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios iocercuibaes para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal - um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, 1995, pp. 162-200.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*, n. 5, 1994, pp. 25-36.

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

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

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

ITÁLIA. *Codice di Procedura Penale*. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 1999.

SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCARANCA FERNANDES, Antônio. A lei de interceptação telefônica. In: Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal, críticas e sugestões 4*. São Paulo: RT, 1997.