

A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

José Cirilo de Vargas*

RESUMO

O processo penal brasileiro, de feitio teoricamente acusatório, concede às partes ampla liberdade de prova. Por exigência constitucional, o meio de sua obtenção deve ser lícito. Dentre as várias correntes, firmou-se no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a prova obtida por meio ilícito, bem como as que dela derivarem, não serão consideradas para efeito de condenação. Numa quebra do sistema estritamente acusatório, permite-se ao juiz a iniciativa probatória, desde que seja em busca da verdade real.

ABSTRACT

The Brazilian Criminal Procedure, of theorythically accusatory shape, gives to the parties large freedom to produce evidence. Due to constitutional demand, its way of obtaining must be legal. Among all the doctrinaire interpretations, it has been firmed a position in the Federal Supreme Court that the evidence obtained by illicit methods, as well as the evidence originated from that one, shall not be considered for conviction. In a change of the strict accusatory system, the judge is allowed to look for evidence, since it is in search of the real truth.

A palavra prova se origina de probatio, significando verificação, exame, confirmação, reconhecimento, etc., dando origem ao verbo probare. Juridicamente, representa os atos e os meios usados pelas partes e pelo órgão judicial para se chegar à verdade dos fatos alegados. É, portanto, forma de demonstrar uma verdade.

Confirma ou indica que um fato existe ou existiu; de que forma existiu ou existe, visando ao convencimento do juiz neste ou naquele

* Professor da Faculdade de Direito da UFMG

sentido. Natural, pois, que as partes busquem provar o que for de seu interesse.

Conclui-se do art. 155 do CPP que são admissíveis no juízo penal todos os meios de prova permitidos na lei civil, já o mesmo não sucedendo quanto ao seu objeto, isto é, quanto àquilo sobre que ela pode versar. As restrições estabelecidas na lei civil não se aplicam ao juízo penal, a não ser aquelas relacionadas ao estado das pessoas. Na dúvida quanto à idade ou ao estado civil do réu, por exemplo, só se admite a prova documental.

A limitação à prova refere-se apenas às legalmente proibidas ou moralmente ilícitas, tendo vigência entre nós o princípio da verdade real. Aquilo que resultar dessa ampla atividade probatória é que será livremente apreciado pelo juiz, na formação de seu convencimento.

Sua produção é direito das partes e faculdade do juiz, no tempo e no modo estabelecidos em lei. A Constituição, adotando as regras do devido processo, não apenas assegura ao cidadão acusado o direito de defender-se; antes, a defesa se impõe, como *conditio sine qua* da punição criminal.

Certos Autores falam em “apuração da verdade histórica” ou em “reconstrução histórica”, e o fazem com razão. De fato, a lei não diz a respeito de que o juiz formará sua convicção, mas resulta evidente: será relativo aos fatos, tal como se deram. Daí, sua reconstrução histórica, pela palavra do réu e da vítima, das testemunhas, pela perícia, pelos documentos, etc. Pouco importa que o cidadão, abrindo mão da defesa, admita como procedente uma acusação, ou que o acusador acolha uma afirmação do acusado como verdadeira.

A transigência das partes, nesse aspecto, não autoriza o juiz a concordar com elas. Apesar da convergência, deve ele pesquisar e descobrir a verdade, ao contrário do que acontece nas demandas civis. Nestas, se o cidadão, demandado por certa quantia, afirmar falsamente já ter pago metade da dívida, e o autor aceitar a alegação, não cabe ao juiz averiguar a veracidade do alegado.

No juízo criminal, não importa a confissão do fato imputado, nem que o acusado aceite a imputação sem lhe opor, por exemplo, uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Incumbe ao

jugador buscar a prova de tudo quanto possa levá-lo a inteirar-se dos fatos. É absolutamente irrelevante o caráter incontroverso do fato. A regra, de que os fatos afirmados por uma parte e aceitos pela outra não carecem de prova, não se aplica ao processo penal.

Num tipo de procedimento estritamente acusatório, a prova poderia ser considerada mera demonstração das alegações das partes. Teoricamente, não é dado ao juiz intervir na atividade probatória e tornar letra morta a garantia do contraditório.

Na prática, porém, dirige o processo como quer. Com as informações policiais e o interrogatório, já forma seu convencimento. A presença do defensor e do funcionário do MP passa a ser formalidade. Aliás, do ponto de vista legal, o pedido do MP é genérico. No cotidiano forense, o juiz considera o funcionário do MP um ajudante ou auxiliar. Com freqüência, vê-se o juiz dizendo “meu promotor não me dá problema” ou “agora me mandaram um bom promotor”, como se tal funcionário não tivesse inquéritos a examinar e processos a fiscalizar, além de outras atividades especificadas em lei.

É alarmante a constância de devolução de autos de inquérito já com denúncia para, nesta, o MP incluir outras pessoas. Denunciar, ou não, está-se tornando cada vez mais uma decisão do juiz. Há pouco atuamos numa demanda na justiça federal em que os funcionários do MP tinham papel quase decorativo.

A um exame superficial da realidade brasileira constatamos a enormidade de prerrogativas do juiz na área criminal: a) pode prender e soltar na fase policial, independente de solicitação; b) uma pessoa “suspeita” de certos crimes (mais de uma dúzia, especificados em lei) pode ser presa a pedido do delegado e ficar à disposição deste por dois meses; vencidos os quais, basta o juiz querer para ser decretada a prisão preventiva, cuja duração é indefinida; c) com um simples auto de prisão em flagrante forma seu convencimento sobre a “hediondez” de um fato, para efeito de impedir a concessão de certos benefícios (o conceito de crime hediondo é uma dessas raríssimas pérolas descobertas e introduzidas em nosso sistema penal pelos movimentos da lei e da ordem, responsáveis pela inacreditável cifra de dois milhões de encarceramentos nos Estados Unidos. Em breve,

teremos também nosso “Gulag” tropical); d) em relação às prisões cautelares não vige o contraditório; e) oferecida a denúncia, o juiz pode devolver os autos e “sugerir” a inclusão de outras pessoas; de regra, o funcionário do MP aceita a sugestão; f) instaurada a ação, o juiz pode novamente prender ou soltar, independente de manifestação do MP; g) quem primeiro ouve a testemunha, esgotantemente, é o juiz, tenha sido arrolada pela acusação ou pela defesa, podendo indeferir perguntas das partes; h) para o juiz, não há número ou oportunidade processual para ouvir pessoas; i) sempre de ofício, pode determinar a realização de quaisquer perícias ou renová-las, e bem assim mandar juntar documentos; j) o MP pode pedir a absolvição e o juiz condenar, e vice-versa; k) a denúncia é por lesão leve e o réu é condenado por lesão grave ou gravíssima; l) pode condenar a uma pena agravada por circunstância não constante da denúncia; m) o réu é denunciado por sedução e condenado por estupro (nova definição jurídica do fato); n) se o réu, em liberdade, é condenado ou pronunciado, e o juiz deseja sua prisão, telefona à polícia mandando prender, antes de publicar a sentença e possibilitar a fuga (esse expediente é corriqueiro na justiça criminal); o) o réu só pode apelar em liberdade se o juiz quiser; p) o preso, cumprindo pena, só pode trabalhar lavando latrinas do fórum ou varrendo ruas da cidade se o juiz “consentir no privilégio”.

Alguém, com mais tempo e pendores, poderia continuar desfiando esse novelo enorme de iniquidades. Será que tantas coisas absurdamente estranhas e negadoras de nossa condição humana podem ser feitas exclusivamente em favor do princípio da verdade real? Não se sabe. O certo é que um conjunto de dispositivos legais, estabelecidos no correr do tempo e das necessidades de um código de processo, nascido anacrônico e fascista, outorgou ao juiz criminal essa formidável soma de poderes, que, antes, e em qualquer parte do mundo, jamais lhe fora concedida. A questão que se coloca aos juristas, de que ramo do Direito seja, é se tal situação pode prosperar num País democrático e com pretensões à modernidade. Um quadro como esse, traçado a vôo de pássaro, permite afirmar que um bacharel em Direito, apenas com um concurso e um ato administrativo de nomeação, passa a dispor de poderes comparáveis aos de um ditador da era moderna, que sempre deve contas ao grupo que o sustenta no

Poder e aos organismos internacionais. As decisões judiciais, ao contrário, estão sujeitas apenas a um controle de feição interna, feito por colegas com a prevalência do natural espírito corporativista. Na condição de contribuintes e responsáveis pela folha de salários desses servidores do público, devemos refletir sobre se o atual sistema de distribuição de justiça é o adequado, ou se, ao contrário, é de ser revisto, com a adoção de coisa melhor.

A Constituição delimita o papel reservado ao Judiciário, à Advocacia, à Defensoria Pública, ao MP e à Polícia judiciária, aderindo ao sistema de processo acusatório. À Polícia incumbe a apuração das infrações penais, a advocacia é tida como profissão liberal, enquanto que a Promotoria e a Defensoria constituem os órgãos executivos de acusação e de defesa. Ao Judiciário, a função histórica de decidir.

O sistema processual acusatório é o mais antigo, embora quase sempre substituído pelo inquisitório, como aconteceu nas perseguições promovidas pela Igreja de Roma. Mesmo em países de processo penal avançado, não existe um procedimento acusatório puro, isento da intervenção do julgador. Basta ver a realidade brasileira.

Sua principal característica é a tangente separação do acusador e do julgador. Em seus primórdios, a legitimação para iniciar o procedimento era exclusividade do lesado ou de seu cônjuge.

Modernamente, a Coroa criou o MP, e, com o tempo, seus funcionários foram designados também para a persecução penal em nome do Rei. Cumpria-se o objetivo de distinguir entre quem acusava e quem julgava. Efetivava-se a clássica expressão "actus trium personarum": o acusador, o réu e o juiz. Teoricamente, quem julgava era distinto de quem iniciava e prosseguia na acusação. Os atos executivos de acusar se igualavam aos de defesa, estabelecido o contraditório. Em sua pureza, cabe ao Executivo, que iniciou a acusação, dar seguimento à mesma, até sentença. Entretanto, como vimos, o juiz, quase sempre, mostra ser o mais interessado na punição. O Estado, como temos escrito e falado há mais de três décadas, não pode ter mais interesse em condenar do que em absolver um cidadão acusado.

O código de Processo estabeleceu que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas, sempre em nome da verdade real, o juiz pode determinar, de ofício, a realização de diligências antes de proferir sentença. A questão do ônus da prova não assume as dimensões do processo civil, pois o juiz dispõe de faculdades instrutórias capazes de suprir a inércia ou o descaso das partes. A prerrogativa judicial é tão grande que se uma das partes arrolar testemunha tardiamente, o juiz pode ouvi-la, como se, ad absurdum, fosse sua.

Por isso essa faculdade, e as demais, devem ser exercitadas com prudência e cautela, e somente naqueles casos extraordinários de dúvida intransponível, impedindo a formação de seu convencimento racional. Nesse ponto vale a pena lembrar o conhecimento doutrinário e a experiência de juiz de Frederico Marques: “se ele se entregar à instrução da causa com o ardor de um detetive diligente, estará quebrada a garantia da defesa plena e comprometida toda a estrutura acusatória do processo penal... O magistrado (sic) tem de manter-se sereno, imparcial, comedido e superposto ao litígio, para decidi-lo com estrita exação de tudo quanto deve imperar na excelsa função de dizer o direito e dar a cada um o que é seu. Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial à procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo e criar o risco e perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa” (Elementos de Direito Processual penal, II. 2ª ed., revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. Campinas, Millenium, 2.000, p. 343).

Um extenso rol de situações permissivas de iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro é citado, por exemplo, em dois excelentes trabalhos de: a) Marco Antonio de Barros. A busca da verdade no processo penal. SP, RT, 2002; e b) Marcos Alexandre Coelho Zilli. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. SP, RT, 2.003. Na Literatura comparada e já um pouco mais antiga, os clássicos Vincenzo Manzini (Trattato, 4 tomos, Torino, Utet, 1.967), G. Leone (Tratado, 3 tomos, trad de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1963) e Figueiredo Dias (Direito Processual penal, 1º

vol., Coimbra, Coimbra Editora, 1974). Mais recentemente, na Alemanha, Claus Roxin (Strafverfahrensrecht, 25ª edição da obra iniciada por Eduard Kern, München, Beck, 1.998, e "Strafprozesrecht" – Prüfe dein Wissen— 15. Aufl., München, Beck, 1997). Na Espanha, em pormenores, Francisco Muñoz Conde – Búsqueda de la verdad en el proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2.000.

Há quem pretenda, como Pietro Nuvolone, distinguir prova ilícita de prova ilegítima. Quando é feita violando norma de caráter material é ilícita. Se produzida com infringência de norma processual, considera ele como ilegítima (Referência de Ada Grinover na coletânea "O Processo em sua unidade, II", Rio, Forense, 1984, p. 171). É absolutamente desprovida de serventia a opinião do escritor italiano. Melhor seria o emprego da expressão "prova proibida". Para reputar-se "ilícita", tanto faz ser obtida violando regra do código penal, do código de processo civil ou da Constituição.

Em linguagem alguma existe diferença entre prova ilícita e prova ilegítima. Maria Helena Diniz explica que ilegítimo "é aquilo que não dispõe de requisitos exigidos por lei para que possa ser reconhecido juridicamente ou produzir efeitos jurídicos; ilícito; ilegal; contrário à lei" (Dicionário Jurídico, v. 2. SP, Saraiva, 1.998, p. 758).

Abrimos esse artigo mencionando a liberdade de prova assegurada às partes, com a ressalva de que seja obtida por meio lícito. Sempre é bom lembrar o erro judiciário da Comarca de Araguari, conhecido como o "caso dos irmãos Naves", em que os dois infelizes não suportaram os suplícios impostos pela polícia militar, comandada por um "enérgumo delegado especial" (expressão de Nelson Hungria, relator de recurso no Supremo, do processo de revisão) e confessaram a prática de um homicídio que jamais existiu.

Em palestra proferida antes da promulgação da Constituição, a profa. Ada Grinover, na passagem em que examinava a eventual eficácia da prova ilícita, declarou: "Nota-se, nesse ponto, um grande dissenso doutrinário e uma profunda divergência jurisprudencial, nos

diversos sistemas processuais. Seria possível, pergunta-se, afastar de um processo prova relevante e eficaz, prova que poderia levar à descoberta da verdade no processo penal, pelo só fato de ser ela colhida com infringência à norma material? Ou, ao contrário, essa prova deveria ser produzida e valorada, apenas punindo-se, pelo ilícito penal, civil ou administrativo cometido quem a tivesse obtido de forma ilícita? É essa a dúvida que se coloca doutrinariamente e à qual os autores têm respondido das mais diversas maneiras” (O processo em sua unidade, II, cit., p. 172).

Sobre a questão normalmente são referidas quatro tendências: a primeira é no sentido de se admitir a prova ilícita e apenas punir o responsável pelo ato cometido; a segunda é pela inadmissibilidade, tendo por fundamento a unidade da ordem jurídica (ilícito em um setor do Direito, ilícito em todos). Uma terceira corrente, desenvolvida inicialmente pela jurisprudência dos Estados Unidos, da Alemanha e da Itália, é também pela inadmissibilidade, reportando-se aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais do cidadão. A quarta tendência sustenta a inadmissibilidade, com atenuações, baseando-se no chamado critério da razoabilidade ou proporcionalidade: reconhece-se a inconstitucionalidade e a conseqüente ineficácia da prova colhida. Contudo, a proibição de admiti-la é abrandada, quando for a única a ser produzida, visando a tutelar outros valores fundamentais. Essa tendência é de larga aplicação nos Estados Unidos.

Na Alemanha, antes da reunificação, a jurisprudência da República Federal proscovia do processo penal provas decorrentes de interceptação telefônica ilícita, cartas perdidas ou extraviadas, etc., mas aceitando, excepcionalmente, o critério da razoabilidade. Após a reunificação, continuam em vigor as medidas de proteção jurídica contra intervenções processuais penais nos direitos fundamentais. O que se discute na doutrina e na jurisprudência é a intervenção já efetivada.

Scarance Fernandes observa ser “interessante mencionar duas hipóteses concretas (sic) que mostram a necessidade de se admitir critério de proporcionalidade. Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o seqüestro de um juiz de direito quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como provas as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional não seriam admitidas... São ocorrências como essas que impulsionam a doutrina e a jurisprudência a admitir exceções à regra constitucional...”(Justiça penal n. 4. Coordenação de Jaques de Camargo Penteado. SP, RT, 1997, p. 51).

Sabe-se que Scarance é bacharel aposentado do MP, onde presumidamente exercia as funções normais de acusador público. No contexto do Direito Comparado, dos documentos internacionais de liberdades civis e das grandes obras doutrinárias, sua opinião é irrelevante. Mostra apenas a identidade ideológica entre os funcionários do MP e os ativistas dos movimentos da lei e da ordem espalhados pelo País.

E em nada colabora com o aprimoramento das liberdades públicas tomar por base remotas hipóteses para justificar o endurecimento penal ou admitir exceções a regras constitucionais duramente conquistadas. No exemplo referido, tudo ainda estava numa fase em que, na sala de aula, o professor ensina: “*cogitationis poenam nemo patitur*”. E o furor carcerário já falava em uso de cartas interceptadas ilegalmente. Em ação penal pelo crime de “pensar” em seqüestro? É a mentalidade da Inquisição, quando se queimavam vivas meninas guerreiras.

Sobre o critério da proporcionalidade, duas excelentes dissertações de mestrado: de Suzana de Toledo Barros (O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília, Brasília Jurídica, 2000) e de Mariângela Gama de Magalhães Gomes (O princípio da proporcionalidade no Direito penal. SP, RT, 2003).

A formação do livre convencimento deve situar-se dentro de parâmetros lícitos e éticos, que afastem a possibilidade de o julgador dar crédito, por exemplo, a uma confissão extrajudicial, mas que não discrepa do conjunto probatório. Ainda quando assim seja, quando a confissão se concilia com os demais elementos de prova colhidos em juízo, somos de parecer que confissão não houve.

Frederico Marques, tratando da pesquisa da verdade real, pondera que “a tortura, as brutalidades e todo atentado violento à integridade corporal devem ser banidos da investigação e da instrução” (Elementos de Direito processual penal, II. Campinas, Millennium, 2003, p. 353). Apenas a título de esclarecimento e de complementação: o CP espanhol de 1995 considerou a tortura um delito comum contra a integridade moral, prevendo prisão de até seis anos (altíssima para os padrões europeus) mais inabilitação para a função pública por doze anos, para o funcionário que torturar visando obter confissão ou informação. Alargou-se a incriminação anterior, para abranger quaisquer situações, mesmo quando não seja no curso de procedimento judicial ou policial.

A CF/88 determinou ser inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Autora intelectual do dispositivo, Ada Grinover esclarece: “aprovado o projeto de texto constitucional, o próprio mandamento da Lei Maior obriga o legislador a disciplinar minuciosamente a matéria. Repetimos, assim, em matéria penal, as recomendações que a nosso ver deveriam ser observadas pela lei, que deveria regular: a) a previsão de infrações penais que justificam a autorização judicial da interceptação telefônica; b) a restrição da escuta aos casos em que houver fortes razões de convencimento quanto à insuficiência de suspeitas; c) os requisitos formais de que deve revestir-se a autorização, incluindo sempre a sua prorrogação, por igual período; e) a indicação dos órgãos ou pessoas que podem

efetuar a operação técnica autorizada; f) a obrigatoriedade de lavrar-se auto circunstanciado da diligência, ainda quando esta não surta efeito; g) a ciência da diligência ao indiciado ou acusado e a seu defensor, tão logo se possa dar, sem prejuízo para as investigações, com a escuta da conversação gravada e a possibilidade de a defesa, por sua vez, gravar a conversa interceptada; h) a destruição dos trechos considerados impertinentes ou irrelevantes para o processo” (Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal, in *Novas tendências do direito processual*. Rio, Forense, 1990, pp 81-82).

Quase oito anos depois da vigência da Constituição, foi editada a lei, reclamada pela professora e regulamentadora da segunda parte do inciso XII do art. 5º. Até então, invocava-se o art. 57 do código brasileiro de telecomunicações para ser expedida autorização da interceptação.

Sobre o assunto, foram lembradas algumas súmulas das mesas de processo penal da Faculdade de Direito da USP. Como exemplo: número 48: “Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”, e número 49: “são processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”.

Parece que definitivo mesmo foi o habeas corpus 69.912-0-RS, relatado por Sepúlveda Pertence. O julgamento pelo Pleno começou em março de 1993 e foi seguidamente adiado por pedidos de vista, até dezembro daquele ano. Publicação em março de 1994, anteriormente, portanto, à edição da lei regulamentadora do inciso XII do art. 5º.

Tratava-se de uma condenação por tráfico de entorpecente, confirmada pelo tribunal gaúcho, com um voto vencido determinando a exclusão dos autos da transcrição de gravações oriundas de interceptação telefônica, a que a polícia procedera, com prévia autorização judicial.

Em primeiro e segundo graus de jurisdição considerou-se que a CF recepcionara o art. 57 do código brasileiro de telecomunicações.

Um dos condenados impetrou ordem de habeas corpus ao STJ, que declinou de sua competência para o Supremo. A ordem impetrada insistiu na tese de que o inciso XII não era auto-aplicável, dependendo de regulamentação, já que a Constituição apenas autorizara a legislação ordinária regulamentar a matéria. Enquanto não houvesse lei regulamentadora, a “grampeação” de aparelho telefônico era vedada. Pediu-se a concessão da ordem para determinar a anulação do processo e o desentranhamento da prova decorrente da interceptação.

Sepúlveda requisitou os autos principais e verificou que a diligência que resultou na apreensão da droga e nas prisões em flagrante foi precedida por vários meses de investigação com escuta telefônica, sempre autorizada pelo juiz. O MP da União opinou pela ilegitimidade da quebra de sigilo, naquela situação; ao mesmo tempo, era pela não concessão da ordem, ao fundamento de que a sentença condenatória não se fundava exclusivamente na prova ilícita.

Em seu voto, Sepúlveda considerou que a Constituição não recepcionara o art. 57 do código de telecomunicações, e que a inadmissibilidade da prova colhida ilicitamente já se firmara no Supremo, antes da CF/88. Desprezando o ponto nodal do parecer do MP (*rectius*, a sentença não se baseara exclusivamente na prova ilícita), afirmou o Ministro, *in verbis*: “Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas – frutos da operação ilícita inicial —, sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada”.

Sepúlveda encampava mais uma vez a teoria dos “frutos da árvore envenenada”, como decorrência lógica do princípio constitucional de que estamos tratando. Se o começo é ilícito, ilícitas serão as decorrências. De árvore envenenada não nasce fruta saudável.

Desse modo, concedeu a ordem para anular o processo, incluindo o inquérito e a prisão em flagrante. Foi acompanhado por Resek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello, que levantou a questão da proporcionalidade. Quanto à ilicitude da prova, Carlos Mário pôs-se de acordo com Sepúlveda, mas indeferia a ordem, ao

fundamento de que a condenação não se baseara exclusivamente nela, adotando, no particular, o parecer do MP.

Paulo Brossard discordou de Sepúlveda, alegando que a “gravidade” do crime justificava a quebra da privacidade (o velho e conservador estancieiro não levou em conta o critério da proporcionalidade, sobre o qual, em seu voto, já dissertara com brilho Celso de Mello, homem de letras e conhecido curador da Constituição).

Na sessão do dia 30-6-93, indeferiram o pedido Brossard, Carlos Veloso, Sidney Sanches, Octavio Galloti, Néri da Silveira e Moreira Alves. Esses seis juízes, com votos majoritários, deixaram de considerar contaminadas as provas derivadas da prova ilícita.

O paciente, então, impetrou ação de segurança, em que, revelando que um funcionário do MP, filho de Néri da Silveira, atuara no caso como acusador, pretendia que se alterasse o resultado do julgamento. Carlos Mário, como relator, não conheceu da segurança, mas, levando em conta o impedimento alegado, concedeu habeas corpus de ofício, para anular o julgamento anterior, de que participara Néri da Silveira (É estranhável que Silveira, conhecendo os autos, estivesse participando de julgamento em que o filho já oficiara como promotor. Estranhável também que a relação de parentesco só fosse conhecida na ação de segurança e por iniciativa do Paciente. E se este se calasse? Por sorte, ainda existem advogados em Brasília...).

Finalmente, em 16 de dezembro, impedido Néri da Silveira, o Supremo, por maioria, concedeu a ordem, para anular o processo a partir da prisão em flagrante (publicado no DJU de 25-3-94). Prevaleceu a teoria dos frutos da árvore envenenada, que ficou mais fortalecida pela aposentadoria de Brossard e a nomeação de Maurício Correia.

A partir desse habeas corpus, firmou-se no Supremo e no STJ o seguinte: a) se a prova foi obtida por meio ilícito, não pode ser considerada na der cisão da causa; b) deve ser desentranhada dos autos; c) a denúncia ou queixa baseada exclusivamente em prova ilícita deve ser rejeitada; d) o vício contamina: se as demais provas forem decorrentes daquela obtida ilegalmente, tem-se a contaminação total do conjunto probatório (uma particularidade: mesmo havendo

nos autos prova ilícita, pode prosperar sentença condenatória, se lançada com base em provas não contaminadas. Parece-nos justo equilíbrio).

Levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, tem-se admitido a prova ilícita, quando o objetivo é provar a inocência do acusado. Aceita-se o sacrifício da regra constitucional em benefício da realização da justiça. Dizem Ada Grinover e outros: "Não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também informado pelo princípio do favor rei. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade" (As nulidades no processo penal. SP, RT, 1992, p. 11). No mesmo sentido juízes e doutrinadores que preferem ver um criminoso à solta a um inocente preso, cumprindo pena.

São numerosas as possibilidades de obtenção de prova por meio ilícito. A prática dos tribunais vai individualizando situações. O TACRIM-SP, pelo voto de Sérgio Pitombo, negou valia à prova resultante de entrada em casa alheia sem as formalidades legais ou fora dos casos admitidos em lei. No caso julgado, faltou, segundo o saudoso Pitombo, o devido processo legal sem o pontual procedimento, ainda que na primeira fase da persecução penal (RT 725: 575).

O TRF paulista, relator o juiz Ney Magno Valadares, anulou ação penal porque a denúncia foi embasada em provas obtidas através de requisição do MP à polícia, sem a necessária autorização judicial, de informações que importavam em quebra de sigilo bancário (RT 745:670). Outra quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial, acarretou o trancamento de ação penal pela 2ª Turma do 1º TRF, em 22-10-97. Nesse caso, de nada valeu haver outras provas da

materialidade do fato, que deram base ao oferecimento da denúncia (RT 753:710). Observação: nos “cursinhos” preparatórios de candidatos a ingresso na carreira de promotor público, os alunos são levados a acreditar que, se aprovados e nomeados, irão exercer funções de poder jamais imaginado. Depois,...

Nas questões do sigilo e da produção de prova ilícita a CF foi minudente, mas, como se sabe, a vida é mais rica que qualquer casuística legal. Além disso, como advertem Cernicchiaro e Costa Jr., “os limites da proteção legal deverão dispor de certa elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa acatar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão conflitar com ela” (Direito penal na Constituição. SP, RT, 1991, p. 202).

Neste início de terceiro milênio da era cristã a intimidade das pessoas vem sofrendo constantes abalos. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado contra ação expansiva do poder do Estado. O direito à inviolabilidade dessa franquia possui, todavia, caráter meramente relativo, como acontece com a maioria dos direitos e garantias individuais. Em favor de uma suposta preponderância valorativa e jurídico-social do interesse público, a pessoa humana vai tendo devassada sua vida com frequência cada vez mais preocupante. O princípio da verdade real dominante no Processo penal, leva à busca, pelo próprio juiz, de elementos informativos muitas vezes sem necessidade, sacrificando o direito à privacidade sem qualquer proporcionalidade ou razoabilidade.

As comissões parlamentares de inquérito, por exemplo, cujos membros desejam a todo custo estar diariamente na mídia impressa e eletrônica, violam a privacidade de pessoas notórias e famosas, quase sempre com o único objetivo de provocar encontros com jornalistas e veículos de comunicação. Os textos legais abrem a possibilidade das devassas, mas visando ao bem público e à defesa social. Praticamente na mesma proporção editam-se leis permissivas de violação de franquias individuais, a exigir da Doutrina e dos Tribunais um justo ponto de equilíbrio.

A teoria da proporcionalidade, segundo a profa. Suzana de Toledo Barros, tem assento justamente no “contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida” (O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília, Brasília Jurídica, 2000, p. 93).

O Estado de Direito não nasceu por acaso. Foi preciso fixar os poderes estatais e os direitos e garantias individuais, submetendo todos, Estado e súditos, ao império da lei. Não há razão para a lei deixar de ser aplicada conforme seja a pessoa que a violou. A igualdade de todos em face da ordem jurídica não pode ter natureza apenas formal. Faz parte de uma sociedade democrática e civilizada a certeza de que as leis não são feitas em vão.

E retornamos, para finalizar, à questão da verdade real. A partir da denúncia ou da queixa, há-de se observar o processo acusatório como princípio. Em favor, porém, da verdade real levanta-se a voz de Canuto Mendes de Almeida: “O princípio do contraditório não impede a iniciativa do juiz. Não significa que, posto o imputado no mesmo nível do MP, o juiz deva permanecer passivamente assistindo ao debate. O processo-crime visa à revelação da verdade real”(Princípios fundamentais do processo penal. SP, RT, 1973, pp. 106-107).