

Das provas ilícitas no Direito brasileiro

Rodrigo Garcia da Fonseca

Sumário

1. Introdução. 2. A exclusão das provas ilícitas como um princípio. 3. Dificuldades de uma abordagem positivista. 4. Alguns casos difíceis. 5. A colisão de direitos fundamentais e a razoabilidade. 6. Considerações finais.

1. Introdução

O processo judicial deve ser uma forma de garantir a cada parte litigante a oportunidade de apresentar o seu caso ao tribunal competente, ao juiz natural, aí incluída a chance real e justa de sustentar as suas razões jurídicas e a sua versão dos fatos, baseados nas provas do que alega ter ocorrido.

Daí a idéia do devido processo legal, ou mais especificamente do devido processo legal adjetivo, consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988, em especial nos incisos LIII, LIV e LV do artigo 5º, dentro do rol dos “direitos e garantias fundamentais”¹.

O inciso seguinte do artigo 5º da Constituição, o LVI, porém, afirma peremptoriamente que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, a Constituição Federal indica que o princípio do devido processo legal não abarca a utilização, no processo, de provas obtidas pela parte ilicitamente. Ou colocado o problema de outra forma, o devido processo legal, na forma abrigada pela Constituição do Brasil, força a exclusão do processo das provas ilícitas, vedando a sua consideração pelo eventual julgador.

Rodrigo Garcia da Fonseca é Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo. Pós-Graduado em Direito da Empresa (PUC/RJ) e Economia e Direito da Concorrência e da Regulação (UFRJ).

Note-se, ademais, que o inciso LVI do artigo 5º da Constituição não faz qualquer distinção entre o processo civil ou penal, ou entre o processo judicial ou administrativo. A exclusão é abrangente, para qualquer tipo de processo.

Por outro lado, a Constituição não disciplina exaustivamente quais provas são consideradas admissíveis, ou quais são, objetivamente, todas as hipóteses de ilicitude na obtenção de provas. Há alguns dispositivos, inclusive dentro dos mesmos direitos e garantias fundamentais, que têm influência na matéria, notadamente os incisos X, XI e XII do artigo 5º, mas não são suficientemente detalhados e nem pretendem cobrir todo o tema². Cabe à legislação infraconstitucional, portanto, um papel importante na definição da extensão da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas no processo.

O escopo do presente trabalho é examinar a problemática, no direito brasileiro, das provas obtidas ilicitamente, especialmente sob o enfoque genérico de algumas teorias jus-filosóficas, mas também abordando a doutrina e a jurisprudência específicas do assunto.

2. A exclusão das provas ilícitas como um princípio

Em várias obras, Ronald Dworkin desenvolve o que chama de “tese dos direitos”, segundo a qual, na imensa maioria dos casos de litígio judicial, senão na totalidade, uma das partes tem o direito de obter um pronunciamento favorável, e cabe ao juiz fazer o esforço, por mais difícil que seja, de chegar a essa única decisão aceitável³.

O problema da exclusão do processo das provas obtidas ilicitamente, no entanto, põe limites à tese dos direitos, conforme discutido pelo próprio Dworkin. A tese dos direitos seria aplicável aos casos cíveis em geral, mas não necessariamente aos casos penais, nos quais a impossibilidade de utilização de provas obtidas ilicitamente, como na hipótese de buscas ilegais, causaria uma assi-

metria; enquanto o acusado teria o direito de ser absolvido caso fosse inocente, nem sempre corresponderia um direito do Estado de condená-lo se ele fosse culpado⁴ (DWORKIN, 1978, p. 100).

Trazendo o comentário de Dworkin para a realidade brasileira, pode-se afirmar que a mesma limitação existente para a tese dos direitos nos Estados Unidos, no campo penal, está presente aqui em qualquer tipo de processo, na medida em que a Constituição de 1988 não fez distinções entre o processo administrativo ou judicial, e civil ou penal, para efeitos de exclusão das provas obtidas ilicitamente⁵.

Tal não significa, porém, que as colocações de Dworkin sejam inúteis para o exame das questões aqui abordadas. Muito pelo contrário.

Em primeiro lugar, embora o autor não tenha feito o exercício, para aqueles que aceitam a tese dos direitos é possível transpô-la do nível substantivo para o nível adjetivo. Noutras palavras, dado um determinado sistema jurídico, no caso o brasileiro, é possível discutir, em cada litígio, se as partes têm ou não têm direito a utilizar certas provas. E aí, com certeza, poderão aparecer vários casos difíceis, como se verá ao longo do texto.

Por outro lado, boa parte da análise de Dworkin (1978, p. 14-45) está baseada na distinção que faz entre princípios e regras. A distinção parece importante para a apreciação dos problemas suscitados pelas provas ilícitas, como se passa a demonstrar.

Segundo a definição de Dworkin (1978, p. 22), um princípio é um padrão (*standard*) que deve ser observado por ser uma exigência de justiça, equidade (*fairness*) ou outra dimensão da moralidade, independentemente das conseqüências práticas que acarrete.

Princípios coexistem, e eventualmente se chocam, devendo o aplicador do direito sopesá-los no caso concreto para encontrar a solução mais adequada, valorando cada princípio de acordo com as peculiaridades e circunstâncias específicas de cada hipótese concreta. Regras, ao contrário, não admi-

tem antinomias, e, quando entram em choque, uma será aplicável e outra não, uma será válida para aquela situação e a outra não será⁶ (DWORKIN, 1978, p. 26-27).

Princípios se amoldam uns aos outros, adaptando-se a cada caso, ora prevalecendo um, ora prevalecendo outro. Regras funcionam na base do tudo ou nada, não admitindo ponderação, mas apenas aplicação ou não aplicação, validade ou invalidade.

Embora a distinção nem sempre seja fácil, até em virtude da terminologia empregada em certas legislações, a aplicação de regras comporta exceções objetivas, que teoricamente poderiam ser todas listadas, por mais numerosas que fossem. Quando se lida com princípios, nem mesmo em tese seria possível imaginar todas as situações em que um determinado princípio prevaleceria ou cederia quando em confronto com outro (DWORKIN, 1978, p. 25-28).

Além dos princípios e das regras, Dworkin (1978, p. 22) também fala em políticas (“*policies*”), definindo-as como os padrões a serem seguidos para se atingir uma meta, normalmente uma melhoria econômica, política ou social do interesse da comunidade, ou a manutenção de uma situação ameaçada de piora.

Ao tratar do problema das provas obtidas ilicitamente, Dworkin (1978, p. 100) cita a posição da Suprema Corte do Estados Unidos no sentido de que a exclusão das mesmas dos processos atenderia essencialmente a uma política, qual seja a de desestimular a conduta ilegal da polícia no futuro. O próprio autor, porém, abstém-se de opinar sobre a correção da afirmação.

Na realidade, parece haver argumentos em favor de uma visão mais ampla da problemática das provas ilícitas, na qual a fundamentação de simples política seria uma faceta importante, porém insuficiente. Há como se ver a exclusão das provas obtidas ilicitamente como uma questão de princípio.

Quando se retroage à Idade Média, verifica-se que o sistema probatório baseado nas

ordálias tinha justificção religiosa. Submetia-se a parte a um teste físico – freqüentemente envolvendo suplícios horríveis – e acreditava-se que Deus salvaria quem estava certo. O mesmo raciocínio metajurídico se aplicava a duelos, nos quais Deus daria a vitória àquele que estivesse correto no seu pleito. Por outro lado, durante muito tempo se aceitou a prova obtida mediante confissão ou delação obtida por tortura, prática absolutamente inadmissível nas democracias modernas⁷.

Os atuais procedimentos probatórios são um reflexo importante das conquistas liberais, em especial a partir do século XIX, e cumprem um papel de legitimação das decisões de aplicação do direito. São mais uma dimensão do princípio da legalidade, pela qual a vontade da lei substituiu a vontade do soberano na organização e no funcionamento do Estado⁸. São uma das maiores demonstrações concretas de que, no direito contemporâneo, os fins nem sempre justificam os meios.

Por meio da disciplina das modalidades de provas permitidas no direito, e dos ônus de quem deve produzi-las, busca-se definir, de antemão, as regras do jogo. Qualquer um que litigar terá tais tipos de prova ao seu alcance, saberá com antecedência quais os fatos que alegou terá a obrigação de provar e, como consequência, uma parte não terá vantagens sobre a outra⁹.

A prova admissível no processo deve ser aquela útil e congruente, ou seja, aquela apta a demonstrar com um mínimo de segurança a veracidade do fato relevante afirmado por uma parte e contestado pela outra. Mas também deve ser lícita, obtida de forma aceita pelo ordenamento jurídico.

Porém, se as provas existem para se descobrir a verdade, como justificar que o juiz deva fechar os olhos e ignorar uma determinada prova, apenas em razão da forma como ela foi obtida? Como aceitar que um pedaço da verdade seja simplesmente ignorado? Não seria melhor aceitar a prova, para maior revelação da verdade, e tratar do problema

da ilicitude de outra forma, apenas punindo quem violou alguma norma legal na sua obtenção?

Na realidade, a prova obtida ilicitamente, ao largo das normas formais admitidas pelo direito, é automaticamente considerada suspeita e insegura, pois não foi submetida aos procedimentos que convencionalmente a sociedade, mediante os legisladores eleitos, entendeu indispensáveis à aceitação do seu conteúdo. Se a confissão é obtida mediante violência, há dúvida sobre a sua veracidade. Se a busca foi feita ilegalmente, não se pode garantir que uma determinada prova não tenha sido plantada. A observação das formalidades legais legítima o próprio conteúdo da prova.

Por outro lado, a proibição da utilização de provas obtidas ilicitamente tem forte conteúdo ético e é, em última instância, um sub-princípio de um princípio maior, o princípio da dignidade humana¹⁰.

Quando se discute a obtenção ilícita de provas, na imensa maioria das vezes estará em jogo alguma dimensão do princípio da dignidade humana¹¹. Normalmente serão provas colhidas mediante interceptação ilegal de comunicações telefônicas ou de dados, mediante busca ilegal em residências, veículos ou propriedades particulares, mediante violência ou ameaça física ou moral, quebra de sigilos profissionais, etc. Muitas vezes, estará em jogo a relação entre o Estado e o cidadão, embora cada vez mais o problema se coloque também nas relações entre particulares¹².

Assim, além de representar uma garantia formal à veracidade do conteúdo das provas examinadas pelo julgador, a proibição do emprego das provas obtidas ilicitamente tem o mérito de resguardar as pessoas contra a intromissão de terceiros em suas vidas privadas e de garantir a sua própria integridade física e moral, tendo estreita relação, portanto, com o princípio da dignidade humana.

É evidente que, na medida em que tais provas ilegais são inadmissíveis, há um

desestímulo para que sejam obtidas, pois além de sujeitarem os seus coletores às penalidades cabíveis, não terão influência no resultado do processo a que se destinarem. Essa dimensão de política referida pela Suprema Corte Americana na decisão mencionada por Dworkin, porém, é secundária diante da dimensão de princípio. O argumento de política parece muito mais valioso para a discussão das penalidades aplicáveis àquele que praticar o ilícito para a obtenção da prova, que deverá ser tanto mais grave quanto mais reprovável for a conduta¹³.

3. Dificuldades de uma abordagem positivista

Concorde-se ou não com as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, importa analisar se essa linha de pensamento é capaz de dar conta plenamente dos problemas práticos suscitados pelo tema ora em análise, ou seja, da imprestabilidade processual das provas obtidas ilicitamente.

O tema é especialmente interessante se for considerado que a importância dada aos procedimentos, como legitimadores da decisão final de mérito, tem forte caráter legalista, uma característica marcante do positivismo (LAFER, 2001).

No cenário brasileiro, importa reconhecer, como afirmado acima, que a Constituição Federal estabelece um princípio geral. Não serão admissíveis, no processo, as provas ilícitas. Mas quais são as provas lícitas e quais são as ilícitas? A Constituição estabelece algumas limitações, mas a legislação infraconstitucional tem a responsabilidade de melhor explicitar a questão, de modo a dar aos litigantes maior segurança jurídica na matéria.

Sob um ângulo positivista, a segurança jurídica é essencial. O direito precisaria ser algo totalmente conhecido e delimitado. A análise positivista se preocupa muito mais com o que o direito é do que com o que ele deveria ser¹⁴. Daí a definição do direito como um sistema de regras, tão criticado por

Dworkin, no qual o essencial é verificar se uma determinada norma é válida ou inválida, sendo de menor importância qual o seu conteúdo¹⁵.

Kelsen (1995, p. 67-68) desenvolve boa parte de sua teoria pura do direito distinguindo os campos de atuação do direito e da moral, sustentando principalmente que, embora haja relações inegáveis entre as duas áreas, a moral é essencialmente relativa, e portanto não pode ser compreendida cientificamente.

A formulação positivista do direito tem aspectos altamente sedutores. Diz-se científica, num mundo cada vez mais influenciado pelos avanços das ciências tecnológicas. Em princípio, facilita a solução da grande maioria dos problemas jurídicos, afastando considerações subjetivas e oferecendo critérios objetivos para o operador do direito. Não por acaso, apesar de todas as críticas, que não são poucas, o positivismo ainda se mostra vigoroso e altamente influente no pensamento jurídico, não só no Brasil como em outros países.

Na maioria das vezes, a cientificidade e a objetividade funcionam bem na hora de determinar se uma regra é válida. Se a lei foi votada pelo parlamento segundo os procedimentos determinados pela Constituição, e se o seu conteúdo não a contraria, então a lei será válida. Se houver violação às regras constitucionais superiores, a lei será inconstitucional, e portanto inválida. Em tese, parece ser tudo simples. Nos casos concretos, porém, grandes dificuldades podem aparecer, e de fato aparecem.

Tais dificuldades se apresentam tanto na solução de litígios como no exame da constitucionalidade de certos dispositivos legais, pois, para o positivista, a interpretação que se faz na análise da conformação da sentença ao direito não é diferente daquela empregada na apreciação da constitucionalidade da lei (KELSEN, 1995, p. 393).

Na hora de solucionar os problemas concretos, Kelsen (1995, p. 393-394) afirma não haver as únicas sentenças corretas para

cada situação dada, mas um determinado número de sentenças possíveis, devendo o aplicador do direito escolher uma delas – qualquer delas – por meio de um ato de vontade que cria o direito para a situação específica.

Curiosamente, embora o positivismo busque uma segurança jurídica mediante a análise da validade das regras, e não necessariamente do seu conteúdo, no momento de aplicar o direito ele recusa a noção de que haveria uma decisão correta e admite a possibilidade de várias decisões possíveis¹⁶.

No problema específico das provas ilícitas, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta imensas dificuldades. Vista a questão sob um ângulo estritamente positivista, desde que respeitada a moldura estabelecida pela Constituição, norma hierarquicamente superior, o legislador tem ampla liberdade para definir, na legislação infraconstitucional, quais provas seriam lícitas e quais seriam ilícitas¹⁷. Mas como definir a extensão dessa moldura?

No caso do processo civil brasileiro, por exemplo, o artigo 332 do Código de Processo Civil estabelece que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”¹⁸.

Nos artigos seguintes, 333 a 341, o Código de Processo Civil trata do ônus da prova, da desnecessidade de prova quanto a certos fatos, do momento de realização da prova. Depois, nos artigos 342 a 347, está disciplinado o depoimento pessoal; nos artigos 348 a 354, a confissão; nos artigos 355 a 363, a exibição de documento ou coisa; nos artigos 364 a 399, vem a prova documental; nos artigos 400 a 419, a prova testemunhal; nos artigos 420 a 439, a prova pericial; nos artigos 440 a 443, a inspeção judicial.

Na estrutura do Código de Processo Civil, esses são os meios legais de prova – como testemunho, perícia, documentos –, que devem ser produzidos de acordo com as suas disciplinas específicas, mas que não elimi-

nam a possibilidade de outras provas, desde que moralmente legítimas. E mesmo essas provas típicas só serão admissíveis se forem moralmente legítimas elas próprias, em cada caso concreto (SILVA, 2003, p. 47).

Mas o que são meios moralmente legítimos? Como vai o positivista aplicar a norma, se ele afirma a relatividade da moral, e portanto a sua indeterminação e impossibilidade de compreensão científica?

Ou a lei estabelecerá o que é moralmente legítimo e ilegítimo, ou haveria uma perplexidade total, sendo certo que, nesta situação concreta em particular, não há qualquer definição legal. É verdade que o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que, sendo a lei omissa, o juiz deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito¹⁹. Tal norma, porém, é ela própria omissa em si, pois tampouco define o que sejam os princípios gerais de direito²⁰.

Na realidade, essa situação é típica da qual o aplicador do direito acaba se vendo forçado a abandonar um sistema simplificado de regras para entrar num complexo sistema de princípios, e portanto sair da discussão apenas da validade ou invalidade para ingressar na seara da ponderação de valores diante das circunstâncias de fato de cada caso. Deverá o aplicador do direito compreender a extensão dos princípios em jogo, e quais os fins para que servem²¹.

Não se está defendendo aqui que o positivismo esteja morto e enterrado, ou que não deva ser estudado e entendido. De modo algum. A própria exclusão do processo das provas obtidas ilicitamente, cerne da discussão, é matéria de cunho marcadamente legalista, e portanto de forte influência positivista. A adoção e compreensão de critérios de validade das normas jurídicas são fundamentais para qualquer operador do direito.

Ademais, o positivismo ainda tem forte apego político-ideológico, na medida em que dá maior relevo à lei votada pelo Parlamento e sancionada pelo Executivo, eleitos

pelo povo, quando em confronto com posições do Judiciário, cuja legitimação é indireta, outorgada pela Constituição para dizer o direito, não para criá-lo²².

O importante não é rejeitar as teorias positivistas, mas observar que não são suficientes para resolver toda a gama de problemas jurídicos que se apresentam no mundo contemporâneo.

4. Alguns casos difíceis

O presente trabalho iniciou-se com a demonstração da relevância que tem o assunto da impossibilidade de utilização no processo de provas obtidas ilicitamente, questão que, no Brasil, foi alçada ao nível constitucional. Em seguida, buscou-se mostrar que a proibição em tela tem caráter de princípio, inserido dentro do princípio maior de preservação da dignidade humana. O passo seguinte foi apontar algumas dificuldades enfrentadas, no tema, se o jurista adotar uma postura estritamente positivista.

Agora, pretende-se apresentar alguns problemas concretos que ocorrem no dia-a-dia dos tribunais brasileiros, para em seguida, antes de encerrar, discutir possíveis abordagens para solucioná-los.

O caso mais famoso sobre o tema é, certamente, aquele envolvendo o ex-Presidente Fernando Collor de Mello, o seu tesoureiro de campanha Paulo César Farias e outros sete réus. Apesar de todo o clamor popular, de todo o movimento de combate à corrupção, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, achou por bem excluir várias provas obtidas mediante violação da privacidade dos réus. A desconsideração das provas foi fundamental para o resultado do processo, especialmente para a improcedência da denúncia contra o ex-Presidente Collor²³. Terá sido a decisão acertada?

Uma questão complexa que surge com frequência, e vem sendo muito discutida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é a das provas ilícitas por derivação. Seriam admissíveis no processo as provas

que não foram obtidas ilicitamente per si, mas que foram descobertas em razão de uma prova ilícita anterior? O tema chegou a ser abordado no já mencionado caso do ex-Presidente Collor, com a rejeição da imputação de ilicitude²⁴. Posteriormente, porém, o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar a doutrina dos “frutos da árvore envenenada”, excluindo dos processos as provas ilícitas por derivação²⁵.

Além de a possibilidade de aceitação de tais provas ser normalmente um caso difícil por si só, havendo vozes respeitáveis que discordam da amplitude das restrições decorrentes da idéia dos frutos da árvore envenenada²⁶, ela suscita uma série de problemas potenciais.

Imagine-se que, mediante um grampo telefônico ilegal, ou uma apreensão ilegal de documentos, a polícia descubra que há um plano para o assassinato de uma pessoa. Parece absurdo dizer que a polícia deveria ignorar o fato e agir como se nada soubesse, deixando que o crime se concretize. Não prevaleceria o princípio de proteção à vida? Ou, se o assassinato já tivesse ocorrido, e o grampo ilegal revelasse o lugar onde o corpo foi enterrado, não se poderia desenterrá-lo e investigar o assassinato?

Exatamente por envolver questões de princípios, a admissibilidade das provas ilícitas dificilmente pode se resolver na base do tudo ou nada do sistema das regras, simplesmente da norma válida ou inválida. Cada caso merece atenção especial.

Problemas semelhantes se colocam em matéria de sigilos profissionais. O jornalista que assegura o sigilo de fonte, o padre que recebe a confissão do fiel, o advogado que conversa com o seu cliente, o médico que trata o seu paciente, todos mantêm contatos cobertos por sigilos reconhecidos pelo direito²⁷. Se o profissional violar o seu dever de sigilo e contar a um terceiro, ou ao juiz, algo que lhe foi confiado em segredo, tal prova testemunhal será admissível²⁸?

Nota-se no Brasil, nos últimos tempos, uma crescente restrição, tanto pela via le-

gislativa quanto pela via judicial, de certas modalidades de sigilo que tradicionalmente se consideravam mais amplas, como o sigilo bancário e o sigilo fiscal. Normalmente a justificativa é o combate ao crime organizado e à sonegação fiscal. No entanto, tendo em vista que a Constituição Federal garante o direito à intimidade, até que ponto são constitucionais tais restrições a sigilos que nitidamente estão associados à intimidade das pessoas? E além do mais, não seria ainda a intimidade uma das dimensões da dignidade humana, mencionada no artigo 1º da Carta Magna?

Não há dúvida de que o combate à criminalidade, em especial no Brasil de hoje, é objetivo louvável. Mas como estabelecer os limites? Como se disse anteriormente, no direito contemporâneo, os fins não justificam necessariamente os meios.

Como abordado por Chaïm Perelman (2000, p. 41), em trecho lembrado acima, o direito moderno dos povos civilizados objetiva preservar a dignidade humana e rejeita a tortura. Mas como definir se outras formas de interrogatório também não representam uma indignidade a ser repelida, por mais relevante que seja o objetivo perseguido²⁹?

Em matéria de interceptações telefônicas, por outro lado, são várias as questões de alta indagação. Como se viu no início, a Constituição, no inciso XII do artigo 5º, só permitiu a interceptação telefônica para fins de investigação penal, com autorização judicial, e na forma da lei³⁰.

Pergunta-se: uma gravação legal, com autorização judicial, utilizada num processo criminal, pode ser utilizada como prova num processo cível? É moralmente legítimo utilizar uma prova que só pode ser colhida para fins criminais num processo cível, mesmo considerando que não houve ilicitude na sua obtenção?

Ainda que fique apenas no âmbito penal, até que ponto seria legítimo usar como prova emprestada num processo criminal a gravação telefônica feita para outro processo? Se a lei estabelece os requisitos para o deferimento da interceptação telefônica, e

tais requisitos são rígidos, como se verifica do artigo 2º da Lei nº 9.296/96, até que ponto se poderia usar uma gravação de outro processo, no qual estavam presentes tais requisitos, num processo no qual eles estão ausentes, e no qual, portanto, não se poderia cogitar de escuta telefônica?

Ademais, a Constituição foi expressa, no mesmo inciso XII do artigo 5º, ao só permitir a interceptação de comunicações telefônicas, ressaltando um sigilo absoluto de correspondência, de comunicações telegráficas e de dados. A Lei nº 9.296/96, no parágrafo único do artigo 1º, equipara à comunicação telefônica aquela feita por sistemas de informática e telemática. Não seria inconstitucional tal dispositivo? O correio eletrônico (*e-mail*) não seria um meio de correspondência, ou de transmissão de dados, ainda que transmitido por linha telefônica³¹?

E a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, representa “interceptação” ilegal³²? E a gravação do som ambiente, com equipamentos escondidos e microcâmeras, cada vez mais comum entre detetives particulares e jornalistas investigativos, captando conversas alheias, seria admissível como prova?

Não faltam casos difíceis em matéria de ilicitude de provas. Como solucioná-los é um grande desafio.

5. A colisão de direitos fundamentais e a razoabilidade

As grandes dificuldades que surgem nos problemas levantados acima decorrem do choque de princípios e valores que competem em cada caso concreto. Se de um lado a preservação da intimidade empurra no sentido da exclusão de certas provas, ou da inconstitucionalidade de determinados dispositivos legais, de outro, a busca da verdade ou a repressão ao crime e a preservação da segurança pública podem militar em sentido contrário.

Mesmo autores que defendem alguma flexibilização na aceitação de provas obti-

das ilicitamente reconhecem as dificuldades que o tema suscita. Nas palavras de Barbosa Moreira (1996, p. 26), “o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito”.

A Constituição Brasileira de 1988, como a maioria das constituições modernas, consagra expressamente os princípios e valores nos quais se baseia, e lista um extenso rol de direitos e garantias individuais, coletivos e sociais, albergados sob o título de direitos e garantias fundamentais.

A positivação constitucional dos direitos fundamentais, não só no Brasil como em outros países, é fenômeno que em certa medida enfraqueceu a antiga dicotomia filosófica entre direito natural, moral e direito positivo. Embora não se possa reduzir à letra fria dos textos legais toda a gama de valores que informam um sistema jurídico e uma organização social, a posição ostentada pela Constituição faz com que os princípios nela positivados acabem dominando o debate, dogmatizando-o (FERRAZ JÚNIOR, 1996, p. 171)³³.

As questões suscitadas nas hipóteses concretas abordadas no presente trabalho são típicas do que parte da doutrina trata como a colisão de direitos fundamentais. São situações nas quais dois ou mais direitos constitucionais fundamentais entram em conflito, devendo o aplicador do direito se esforçar para solucionar adequadamente o confronto, considerando a importância dos valores envolvidos, ponderando-os em cada situação dada³⁴.

Nessa linha, alguns autores defendem que os problemas relacionados às provas obtidas ilicitamente devem ser solucionados caso a caso segundo os critérios de ponderação de valores típicos das colisões de direitos fundamentais, segundo conceitos de razoabilidade e proporcionalidade³⁵.

A noção de razoabilidade na decisão judicial concernente à prova não é estranha

ao ordenamento jurídico brasileiro, seja na decisão quanto ao que deve ser provado, e de que forma, ou quanto à análise do próprio conteúdo probatório. Em matéria processual civil, por exemplo, o juiz deve indeferir “as diligências inúteis ou meramente protelatórias”³⁶, e apreciar livremente a prova, devendo no entanto indicar “os motivos que lhe formaram o convencimento”³⁷.

O princípio do livre convencimento do juiz, também aplicável ao processo penal brasileiro³⁸, não significa que o magistrado possa decidir como queira, com total discricionariedade volitiva. Se não aceitar uma prova, deve indicar as razões pelas quais decidiu fazê-lo. Se não der credibilidade a um documento, deverá demonstrar quais outras provas constantes dos autos são suficientes a contradizê-lo. A motivação e o apoio noutras provas devem ser congruentes e razoáveis, sob pena de reforma da sentença em grau de recurso³⁹.

A lógica do razoável, mediante a ponderação de princípios e valores, como padrão não só para aferição da constitucionalidade das leis, mas também para a aceitação da decisão judicial, é conceito presente na atualidade do debate jurídico⁴⁰. Por meio da lógica do razoável, e da argumentação, mostrando exaustivamente as virtudes da solução adotada, busca-se a decisão mais adequada, uma decisão justificável, ainda que não absolutamente demonstrável como a única possível (GRÁCIO, 1993, p. 39, 52, 82)⁴¹. É a lógica do preferível (GRÁCIO, 1993, p. 40). Se não existem pessoas como Hércules, capazes de encontrar a única solução correta, os aplicadores do direito devem ao menos tentar achar a melhor solução entre as várias que se apresentam e têm a obrigação de expor, da maneira mais completa possível, as razões que os levaram a tal preferência por uma escolha em detrimento de outra.

Mesmo alguns doutrinadores positivistas ensaiam um apelo à interpretação razoável do direito, em oposição à simples idéia de uma decisão puramente discricionária. Nesse sentido, por exemplo, Hart (1986, p.

140-149) fala na “textura aberta” do direito. A imprecisão ou indeterminação de certos conceitos, até em função dos limites da linguagem humana, não deve deixar a solução dos problemas concretos ao arbítrio do aplicador do direito, mas sim deve levá-lo à busca de uma escolha racional e razoável, diante das circunstâncias de cada caso e das finalidades das normas.

Especificamente no que toca à exclusão das provas ilícitas, porém, há fortes argumentos no sentido de que não cabe ao juiz ponderar aquilo que o legislador constituinte já ponderou de antemão. Em julgamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, assim se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence (2003), na ementa de voto vencedor, por maioria:

“Objeção de princípio – em relação à qual houve reservas de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos de extrema necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.”

Duas considerações parecem relevantes diante da contundente manifestação da Suprema Corte (ainda que feita por maioria, e

com reservas, como ressalvado pelo próprio Ministro Pertence, o que bem demonstra a dificuldade do tema).

De um lado, é difícil negar que a Constituição, redigida como está nessa matéria, realmente ponderou valores e fez determinadas opções. Pode-se até entender que a ponderação foi infeliz, não foi a melhor, mas daí a ignorá-la, ou ultrapassá-la, vai uma grande distância. Afinal, qual a legitimidade para se questionar a escolha do próprio poder constituinte?

De outra parte, é interessante a colocação de que qualquer ponderação a ser feita, em casos extremos – e a própria Constituição prevê situações extraordinárias, como o estado de defesa ou de sítio – deve se dar antecipadamente, para a validação da diligência a ser realizada, e nunca *a posteriori*, para a aceitação da prova que já foi colhida ilicitamente. A ponderação caberia *a priori*, para tornar lícita a obtenção de determinada prova restrita pela Constituição ou pela lei, mas não para validar aquilo que já se consumou ilicitamente.

Ainda que aceitando a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade como critérios de solução para a colisão de direitos fundamentais, a positivação dos mesmos, levando-os também ao campo dogmático, permite questionar se seria razoável ao julgador, num caso concreto, ponderar princípios diferentemente do que o legislador constituinte já ponderou.

Parece razoável afirmar – para se utilizar a terminologia específica do tema – que, se tal (re)ponderação for cabível, só o será em situações excepcionálistimas, totalmente extraordinárias e fora do curso normal das coisas. A ponderação originária, da própria Constituição, deve ser o ponto de partida para qualquer análise do assunto, em todos os casos concretos.

6. Considerações finais

O presente trabalho não se pretende exaustivo. Os temas abordados são comple-

xos e comportam muitos outros questionamentos sobre os quais se passou ao largo.

Não há pretensão de que as opiniões expostas sejam definitivas. Aliás, houve a sugestão de inúmeros problemas aos quais não foram dadas quaisquer respostas. Ficam várias perguntas, e talvez nem mesmo o juiz Hércules seja capaz de responder algumas delas definitivamente.

A idéia é participar de um diálogo com aqueles que se interessam sobre a problemática das provas ilícitas, trazendo reflexões para um debate informado e atual, em bases sólidas e consistentes.

Não se trata de discutir meras formalidades processuais. Embora relacionada a questões procedimentais, a imprestabilidade das provas obtidas ilicitamente transcende em muito o simples formalismo ritualístico no qual se perdem muitas discussões em torno do processo.

A proteção constitucional é dirigida a todos os cidadãos. É verdade que eventualmente protegerá um criminoso, um desonesto. Mas seria isso suficiente para mitigá-la, colocando em risco os direitos da imensa maioria, de todas as pessoas de bem?

Antes de concluir, é interessante lembrar as palavras do Ministro Ilmar Galvão (1944), no rumoroso caso criminal envolvendo o ex-Presidente Fernando Collor de Mello:

“É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de direito democrático.”

Caso a caso, é preciso analisar as peculiaridades postas em cada contexto específico. A solução muitas vezes é difícil. A exclusão das provas ilícitas do processo, porém, é imperativo não apenas jurídico como ético, decorrente da importância do princípio da dignidade humana, em suas várias facetas. É garantia fundamental de primeira grandeza, nunca de segunda categoria, e como tal deve ser estudada, compreendida e aplicada pelos operadores do direito.

Notas

¹ Sobre a evolução do conceito do devido processo legal, abordando os seus aspectos adjetivos e substantivos, vale destacar a obra de Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. O devido processo legal, sob o seu aspecto adjetivo, é essencialmente uma garantia de que o Estado obedecerá a determinados procedimentos definidos em lei para a sua atuação, ligando-se estreitamente ao princípio da legalidade. Já sob o enfoque substantivo, o devido processo legal tem relação direta com a razoabilidade e a proporcionalidade das próprias leis, que devem ser congruentes com os fins a que se destinam, sem sacrificar desnecessariamente os direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade em geral, sob pena de incidirem em vício de inconstitucionalidade. No tocante aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além da obra já apontada, merecem destaque os trabalhos de Gilmar Ferreira Mendes, (1998, p. 67-84, 187-199) e de Luís Roberto Barroso, (1999, p. 209-234). Seja pelo ângulo adjetivo ou substantivo, o devido processo legal é garantia da maior relevância contra os eventuais excessos do Estado nas suas relações com os indivíduos, as empresas e a sociedade, bem como para a preservação do equilíbrio e da igualdade das partes nas relações privadas.

² Segundo o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Assim, pode-se concluir que normalmente será vedada a utilização no processo de uma prova obtida mediante violação da intimidade alheia.

Da mesma forma, o inciso XI estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou

para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Tampouco será permitida a utilização no processo, portanto, de prova obtida mediante invasão da casa de qualquer pessoa fora das exceções expressamente permitidas no dispositivo constitucional.

Finalmente, o inciso XII determina que “é inviolável o sigilo de 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”. Aqui também, a prova obtida em desrespeito às garantias estabelecidas no dispositivo constitucional serão tidas como ilícitas e imprestáveis para qualquer processo. É importante anotar, especificamente com relação a esse inciso, que aí há uma expressa diferenciação entre o processo penal e os demais, admitindo-se a interceptação telefônica, por ordem judicial, apenas naquele, e não nos outros. Nesse ponto específico, contrariamente ao que fez no inciso LVI do artigo 5º, no qual equiparou os processos cíveis e penais, o legislador constitucional optou por dar maior relevância às questões de segurança pública, admitindo o emprego de certos instrumentos para a persecução criminal, que no entanto entendeu não serem legítimos para a instrução de litígio cível, de caráter meramente pessoal ou econômico. É uma típica situação limítrofe, na qual se entendeu que as necessidades do processo criminal justificavam a possibilidade de um grau maior de intromissão na vida das pessoas, mas que não seria aceitável para processos cíveis. É relevante notar, porém, que a própria Constituição Federal prevê algumas exceções possíveis a tais garantias de inviolabilidade de correspondência e comunicações, em caráter extraordinário, notadamente nas situações de estado de defesa (artigo 136, §1º, I, ‘b’ e ‘c’) e estado de sítio (artigo 139, III e V).

³ Sobre o assunto, ver Ronald Dworkin (1978, p. 81-130). No capítulo intitulado *Hard Cases*, o autor desenvolve o tema com profundidade, empregando o termo “tese dos direitos” (*rights thesis*, no original). A abordagem se dá essencialmente mediante a análise de casos nos quais diversos interesses relevantes de parte a parte se chocam, e o juiz deve ter o trabalho árduo de pesquisar todas as nuances de cada problema para chegar à solução adequada para o conflito. Tais casos difíceis envolvem a necessidade de cotejamento e ponderação de princípios jurídicos diante de situações fáticas concretas. Reconhecendo a natureza idealística e sobre-humana da tarefa de julgar tais casos difíceis com perfeição, Dworkin os discute guiando o raciocínio de um juiz imaginário, chamado Hércules.

Em *Uma Questão de Princípio*, p. 175-216, no capítulo denominado *Não existe mesmo nenhuma res-*

posta certa em casos controversos?, Dworkin (2001, p. 175-216) igualmente aborda o assunto e, embora ressaltando as dificuldades que o tema apresenta, manifesta a sua opinião de que, se existem casos nos quais não há uma única resposta certa, tais casos devem ser extremamente raros (p. 215).

Entretanto, por relevante, deve ser observado que todo o discurso de Ronald Dworkin é desenvolvido a partir das realidades do *common law* da tradição anglo-americana. O peso dado aos precedentes judiciais e a própria forma de raciocínio jurídico para se chegar a uma decisão são muitas vezes diferentes daqueles aos quais está acostumado o jurista do sistema romano-germânico, de direito basicamente legislado. As preocupações de equidade e isonomia, por meio do uso da analogia na comparação entre as situações fáticas dos precedentes e do caso concreto, são especialmente marcantes. A jurisprudência tem um papel de destaque que não assumiu no sistema romano-germânico. Nos últimos anos, porém, nota-se que, como consequência da globalização, vem aumentando a importância da legislação no sistema do *common law* e da jurisprudência no sistema romano-germânico, o que faz surgir cada vez maiores convergências entre pensadores de um e de outro sistema, nas mesmas direções.

⁴ Na discussão, o autor cita especificamente duas decisões da Suprema Corte Americana: *Linkletter v. Walker*, de 1965, e *Mapp v. Ohio*, de 1961.

⁵ Assim, da mesma forma como nos Estados Unidos o Estado não tem necessariamente o direito de condenar um acusado apenas pelo fato de ele ser culpado, no Brasil, em qualquer ação, civil ou criminal, nenhuma parte tem necessariamente o direito de prevalecer na demanda apenas por ostentar maior razão no tocante à discussão de mérito. Tal vitória, como a condenação do acusado criminalmente, só se legitima juridicamente na medida em que for baseada em provas suficientes, coligidas lícitamente de acordo com as normas processuais aplicáveis.

⁶ Dworkin critica o positivismo, especialmente a concepção de Herbert L. A. Hart, por ignorar a distinção entre princípios e regras e tratar o direito exclusivamente como um mero sistema de regras.

⁷ Sobre a evolução dos meios probatórios, e em especial discutindo as ordálias e a confissão mediante tortura, ver Chaím Perelman, (2000, p. 35-36).

No Brasil atual, a Constituição de 1988 veda a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante, no inciso III do artigo 5º, e considera a tortura, ao lado do tráfico de drogas e do terrorismo, como crime hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, por sua vez, define os crimes de tortura, mostrando a preocupação na utilização da tortura para o fim de obtenção de provas. Segundo o artigo

1º, inciso I, alínea 'a', constitui crime de tortura constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

Infelizmente, a realidade é menos elogiável do que o ordenamento jurídico, e a imprensa e organismos de defesa dos direitos humanos ainda denunciam todos os dias a prática da tortura no Brasil, freqüentemente por policiais.

⁸ Celso Lafer (2001, p. 68-69), citando Luhman, fala na "legitimação pelo procedimento". A decisão, seja ela judiciária, eleitoral ou parlamentar, passa a se legitimar na medida em que é seguido um determinado procedimento. Para o autor, "a legitimação pelo procedimento, ao buscar a estabilidade, encontra apoio e justificação no formalismo ético, ou seja, na concepção legalista da justiça" (LAFER, 2001, p. 68).

⁹ Chaím Perelman (2000, p. 36-45), discorre sobre as modalidades de provas admitidas em direito, sobre as presunções legais que dispensam a necessidade da prova, ou mesmo que impedem a produção de qualquer prova em contrário, e sobre o ônus de produzir a prova, bem analisando a importância da definição de tais normas. Em resumo, como colocado pelo autor na p. 39, devem ser provados pelas partes "todos os fatos pertinentes, dos quais depende a solução do processo, que não são notórios nem inconteste". O juiz deve recusar a produção de prova sobre fatos irrelevantes ou sobre os quais não se admite a mesma em razão das presunções legais. Tais presunções são baseadas em valores reconhecidos como relevantes pelo ordenamento jurídico de determinado país, como em questões ligadas ao estado da pessoa e à família, ou à estabilidade das relações jurídicas, envolvendo a coisa julgada ou a prescrição (PERELMAN, 2000, p. 39-40).

¹⁰ A Constituição Federal estabelece, no inciso III do artigo 1º, "a dignidade da pessoa humana" como um dos fundamentos da República. A preservação da dignidade humana é um típico princípio, segundo a definição de Dworkin. Independentemente de quaisquer outras normas positivas, e de quaisquer efeitos práticos objetivos, deve ser respeitado por um imperativo moral. Por outro lado, é um conceito insuscetível de definição cerrada, devendo ter a sua aplicação analisada e pesada, caso a caso.

¹¹ Chaím Perelman (2000, p. 39), trata explicitamente da questão da proibição da inquirição mediante tortura como uma necessidade decorrente da preservação da dignidade humana. E a partir daí levanta algumas hipóteses de verdadeiros casos difíceis: "Mas todos os procedimentos de investigação serão admissíveis em matéria de prova? Hoje em dia, nenhum sistema de direito civilizado

admite o uso da tortura. Mas até que ponto o recurso ao detector de mentiras, à hipnose ou à administração de certas drogas fere, ou não, a dignidade humana? Em que medida pode-se exigir do réu que forneça um álibi, ao passo que, em princípio, presumido inocente, tem o mais estrito direito ao silêncio?” Justamente esse tipo de questionamento é que se pretende discutir no presente trabalho, inclusive com os outros exemplos que serão trazidos adiante.

¹² Historicamente, o problema das provas obtidas ilícitamente surgiu principalmente a partir da relação entre o Estado e o indivíduo, em especial no campo penal. É o caso da violência para a obtenção da confissão, da busca ilegal, da interceptação telefônica ou de correspondência por agentes estatais. Nos últimos tempos, porém, o problema começa a surgir com mais e mais frequência em situações privadas, seja com a presença do crime organizado, seja com a espionagem industrial, ou mesmo nas brigas entre cônjuges, igualmente ocorrendo a invasão de domicílios, o grampo de telefones ou a invasão de sistemas de informática para a obtenção de informações e provas a serem usadas contra o adversário num determinado conflito econômico ou pessoal.

¹³ Nesse sentido, por exemplo, a já mencionada Lei da Tortura, Lei nº 9.455/97, no § 4º, do artigo 1º, estabelece uma agravante da pena se o criminoso for agente público.

¹⁴ Em *O Que é Justiça?*, Kelsen (2001, p. 222), afirma que “o valor de justiça não é da mesma natureza que o valor do Direito”. E mais adiante completa: “Os juízos de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. Portanto, uma ciência do Direito não tem espaço para eles”. Em sua obra mais conhecida, *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (1995, p. 78) explicita claramente a sua posição: “Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever”.

¹⁵ Para Herbert L. A. Hart (1986) “os fundamentos de um sistema jurídico consistem (...) numa regra última de reconhecimento que prevê critérios dotados de autoridade para a identificação de regras válidas do sistema”. O próprio autor afirma que a sua tese da regra de reconhecimento se assemelha à idéia da norma fundamental de Kelsen, embora afirme certas diferenças importantes. Sobre a regra de reconhecimento, ver p. 111-121.

¹⁶ “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’.” (KELSEN, 1995, p. 396). Como já se viu anteriormente no texto, justamente os críticos

do positivismo, como Ronald Dworkin, sustentam a existência da solução correta, da resposta certa para cada caso. Embora mediante critérios menos objetivos do que os dos positivistas, pode-se argumentar que em última instância, se aperfeiçoada e bem compreendida, a posição crítica traria maior segurança jurídica, pois proporcionaria apenas uma sentença possível em cada ação judicial.

¹⁷ Em tese, o legislador ordinário pode tornar ilícitas certas provas às quais a Constituição não se referiu. Por exemplo, disciplinando a proteção à intimidade das pessoas, poderá estabelecer diversas limitações não referidas expressamente na Carta Política. Também poderá, normalmente, excluir do processo certas provas lícitas, como faz quando veda a produção de provas sobre fatos irrelevantes ou sobre os quais opera uma determinada presunção legal. A Constituição estabelece um mínimo do que não pode ser aceito, mas não impõe que tudo o mais deva ser admissível. O que a lei não pode fazer é acatar provas que a Constituição expressamente baniu, como por exemplo aquelas decorrentes de interceptação de correspondência fora das situações de estado de defesa ou de sítio. Qualquer lei na matéria, porém, estará sujeita ao escrutínio de razoabilidade e proporcionalidade, pois o processo tampouco poderá se transformar num fim em si mesmo, num rito sacro sem relação com a apuração da verdade material dos fatos.

¹⁸ Em matéria de processo administrativo, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, repetiu a fórmula constitucional ao estabelecer, no artigo 30, que “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”.

O Código de Processo Penal, mais antigo, ainda dos anos 40, não abordou o tema das provas ilícitas de modo sistematizado. O artigo 155 determina que as restrições probatórias cíveis só se aplicarão ao processo criminal quando tiverem relação com o estado das pessoas. Evidentemente, porém, a vedação às provas obtidas ilícitamente tem sede constitucional, e portanto é plenamente aplicável.

¹⁹ Norma semelhante existe no artigo 126 do Código de Processo Civil.

²⁰ Sobre os princípios gerais de direito e a sua importância no raciocínio jurídico, ver Chaïm Perelman, (2000, p. 102-118).

²¹ O legislador positivo brasileiro de certa forma reconheceu essa situação, seja nos já mencionados artigos 126 do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, seja no artigo 5º da mesma Lei de Introdução, segundo o qual, ao aplicar a lei, o juiz deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²² A idéia de que o Judiciário apenas diz o direito, e não o cria, vinda da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, acatada nas Revoluções Francesa e Americana do final dos século XVIII, é

cada vez mais criticada. O próprio Kelsen (1995, p. 394), se refere à sentença judicial e ao ato administrativo como criadores do direito.

Normalmente se identifica o direito com o chamado direito positivo, com as normas gerais e abstratas de conduta, as leis, os decretos, os regulamentos. No entanto, o direito só se concretiza realmente nas normas individuais, consistentes nas decisões dos juízes, as únicas que verdadeiramente obrigam. (CAMARGO, 2003, p. 17).

Sobre a matéria, inclusive com farto material jurisprudencial brasileiro recente, merece menção a obra de Sálvio de Figueiredo Teixeira (2003).

Em *Taking Rights Seriously*, Dworkin (1978) critica a idéia de que o juiz possa criar o direito, e diz que lhe cabe, ao contrário, descobrir qual é o direito corretamente aplicado ao caso concreto. Como coloca na p. 128: “Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.” Já posteriormente, em *O Império do Direito*, 1999, p. 271, ao falar da importância da integridade do direito, o mesmo autor “rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; (...) os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal nº 307-3, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 13/12/1994, RF 335/185.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal nº 307-3, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 13 dez. 1994, RF 335/185.

²⁵ A doutrina dos frutos da árvore envenenada tem origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos (*fruits of the poisonous tree*) e deriva da imagem metafórica de uma árvore contaminada por veneno, a primeira prova ilícitamente obtida; quaisquer frutos colhidos de tal árvore – as provas decorrentes da primeira – estarão igualmente contaminados e devem ser rejeitados.

No Brasil, há vários precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal acatando a tese. Por exemplo: Habeas Corpus n. 73.351-SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 09.05.96, RTJ 168/543; Habeas Corpus n. 72.588-PB, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 12.06.96, RTJ 174/491; e Habeas Corpus n. 80.949-RJ, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 30.10.2001, RTJ 180/1001. Como afirmado na ementa do segundo dos três acórdãos referidos, “as provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tor-

nam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com muito mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (...)”.

No Habeas Corpus n. 75.545-3-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 17.02.98, DJU 09.04.99, fez-se entusiasmada defesa da tese: “A doutrina da proscrição dos *fruits of the poisonous tree*, é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade da ação de toda autoridade pública.”

É importante ressaltar, no entanto, que a exclusão das provas ilícitas, diretamente ou por derivação, não pode afetar as demais provas produzidas no processo, lícitas e independentemente. Nesse sentido, no STF: Habeas Corpus n. 74.081-SP, 2ª Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 22.04.97, RTJ 164/975; e Habeas Corpus n. 74.807-MT, 2ª Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 22.04.97, RTJ 164/1010.

²⁶ Sobre o tema, ver os artigos de José Carlos Barbosa Moreira (1996) e de Sérgio Demoro Hamilton (2000).

²⁷ O sigilo de fonte é garantido no inciso XIV do artigo 5º da Constituição. Outras normas infraconstitucionais determinam o sigilo profissional para certas atividades, sempre em atenção a princípios relevantes. Além de se tratar de matéria que compõe a dignidade de cada profissão, o sigilo do jornalista resguarda o direito da sociedade à informação; o sigilo do advogado é instrumental para garantir ao cliente o direito de ampla defesa; o sigilo médico protege o direito à privacidade e à intimidade do paciente; o sigilo religioso igualmente resguarda a intimidade, além de ser importante na garantia ao direito de liberdade de convicção e prática religiosa. Importante dispositivo sobre o tema é o do artigo 207 do Código de Processo Penal, segundo o qual “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”. Ou seja, havendo sigilo profissional, a regra é da proibição do testemunho, não se podendo obrigar o profissional a depor nem mesmo se a parte primariamente protegida (a fonte, o cliente, o paciente, o fiel) abrir mão da exigência do sigilo.

Os Tribunais pátrios se defrontam frequentemente com o problema e reconhecem a importância institucional do sigilo profissional para uma ordem social livre e democrática. Dos vários casos

existentes, dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça merecem especial referência, pela seriedade com que trataram do tema.

No Recurso em Mandado de Segurança n. 9.612-SP, 4ª Turma, Relator o Ministro César Asfor Rocha, julgamento em 03.09.98, RSTJ 114/253, num caso envolvendo informações confidenciais de posse de uma empresa de auditoria, a Corte afirmou: “O sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie. O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social.”

No Recurso em Mandado de Segurança nº 634-0-DF, 3ª Turma, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, julgamento em 19.10.93, RSTJ 57/125, num caso tratando de sigilo entre advogado e cliente, assim se tratou o tema: “Sendo a atuação do advogado revestida de duplo caráter: um privado, mas de mandato público e outro institucional, sua missão avulta quando, com suporte na Carta Magna, deve exercê-la, impondo-se resguardá-la de quaisquer tipos de coação. Tal missão não pode ser cumprida senão no quadro de uma justiça totalmente independente, e ao abrigo de todos os compromissos, que não terá outros imperativos senão o do respeito das regras jurídicas. É justamente no resguardo dessa independência é que tem o advogado o direito-dever de negar-se a depor quando em jogo, questão ou pessoa postos sob seu patrocínio”.

²⁸ Muitas vezes o profissional se verá em complicados dilemas ético-jurídicos. Terá ele a obrigação de informar as autoridades sobre certas coisas que lhe sejam ditas? O cliente que diz ao advogado, o confessor que diz ao padre ou o paciente que diz ao psicanalista que vai cometer um ato ilícito pode exigir deles o sigilo? Teriam eles a obrigação de manter o sigilo? Haveria circunstâncias peculiares que fariam de cada caso um caso especial?

²⁹ A questão é das mais atuais. Os métodos empregados pelos militares norte-americanos e ingleses na prisão e interrogatório de suspeitos de terrorismo detidos nas operações no Afeganistão e no Iraque vêm sendo questionados no mundo inteiro.

³⁰ A lei que disciplina a matéria é a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

³¹ Note-se, nesse particular, que, caso o referido parágrafo venha a ser entendido como inconstitucional, é defensável que a questão não possa ser tra-

tada sequer por meio de emenda à Constituição, tendo em vista que o inciso IV do § 4º do artigo 60 da Carta Política disciplina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Considerando a relevância constitucional dada ao tema da inviolabilidade da correspondência, o inciso XII do artigo 5º da Constituição pode ser considerado como cláusula pétrea, imutável até mesmo por emenda constitucional.

³² A jurisprudência, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, tem afastado a ilicitude da gravação efetuada por um dos interlocutores, entendendo que aí não há nem interceptação, nem violação à intimidade, pois a prova foi colhida por um partícipe da conversa. Nesse sentido, no STF: Habeas Corpus n. 75.338-RJ, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, julgamento em 11.03.98, RTJ 167/206; e Agravo de Instrumento n. 232.123-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 09.02.99, RTJ 168/1022. No STJ: Recurso Especial n. 9.012-RJ, 3ª Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, julgamento em 24.02.97, RF 340/263; e Recurso em Habeas Corpus n. 7.216-SP, 5ª Turma, Relator o Ministro Edson Vidigal, julgamento em 28.04.98, RDR 13/384.

³³ Sobre a noção de princípios fundamentais do sistema jurídico e a sua concretização na Constituição, também é interessante ver a abordagem de Luís Roberto Barroso (1999, p. 147-156).

Vale notar a terminologia empregada por Robert Alexy (1998). O termo “dogmática dos direitos fundamentais” bem demonstra o novo patamar para o qual vem sendo trazida a discussão sobre o tema.

³⁴ Sobre a colisão de direitos fundamentais, ver Robert Alexy (1998). O autor se refere a vários tipos de colisão – em sentido estrito ou amplo, entre direitos idênticos ou diferentes. Com relação ao problema das provas ilícitas, a colisão tanto pode ocorrer em sentido estrito, entre direitos diferentes (por exemplo, entre o direito à intimidade e o direito à propriedade, numa ação civil na qual se pretenda utilizar uma prova obtida mediante invasão do domicílio ou do escritório de uma das partes), ou pode ocorrer em sentido amplo, quando se opõem direitos individuais a coletivos (em grande número de casos criminais, o direito individual à intimidade em confronto com o direito coletivo à segurança pública).

Sobre o assunto, também merece referência Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 85-92), no capítulo denominado *Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e de Comunicação e Direito à Honra e à Imagem*.

Cabe aqui uma ressalva quanto à abordagem de Ronald Dworkin no tocante ao sopesamento de

princípios na resolução de problemas concretos nos seus chamados casos difíceis. Dworkin trabalha com a realidade do *common law*, sendo certo que a Inglaterra sequer tem uma Constituição escrita, e a Constituição Americana é sintética, e data do século XVIII. Por mais que tenham sido editados diplomas positivando direitos fundamentais – como ocorreu com várias emendas à Constituição Americana –, a realidade é muito diferente daquela dos países de Constituições mais recentes, em especial da segunda metade do século XX, como o Brasil, Portugal, a Espanha, ou mesmo a Alemanha (esta última do final dos anos 40, mas já posterior à II Guerra Mundial), em que se há um rol extenso de direitos fundamentais positivados a serem manejados pelo aplicador do direito. Na análise de Dworkin, prepondera a extração dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico a partir da seqüência dos precedentes judiciais, típica do *common law*, numa evolução paulatina e coerente, garantindo a integridade do direito, exercício que o autor compara a um romance cujos vários capítulos são escritos ao longo do tempo pelos diferentes juízes (DWORKIN, 1999, p. 271-286, 1978, p. 81-130).

³⁵ Nesse sentido, os artigos já citados de José Carlos Barbosa Moreira (1996) e de Sérgio Demoro Hamilton (2000).

³⁶ Código de Processo Civil, artigo 130.

³⁷ Código de Processo Civil, artigo 131.

³⁸ Código de Processo Penal, artigo 157.

³⁹ Sobre o julgamento com base na íntima convicção do juiz, ver Chaïm Perelman, (2000, p. 37-38).

⁴⁰ Celso Lafer (2001, p. 73-76), bem aborda o tema. Mencionando Rawls, o autor mostra como apenas o respeito às regras do jogo pré-estabelecidas, a legitimação pelo procedimento típica do legalismo, torna-se por si só insuficiente, e surge a necessidade de fazer uma análise material de *fairness* – ou seja, de justiça e equidade. A lógica do razoável, com forte influência da obra de Perelman, tem sido a forma de ultrapassar e lidar com os limites e as insuficiências do positivismo.

⁴¹ O autor baseia o seu trabalho em várias obras de Perelman.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Datilografado.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 000001, 17 jan. 1973.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 019699, 13 out. 1941.

_____. Lei da escuta telefônica. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 013757, 25 jul. 1996.

_____. Lei de introdução ao Código Civil. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 000001, 4 set. 1942.

_____. Lei dos crimes de tortura. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 006742, 8 abr. 1997.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 000001, 1 fev. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 7.216-SP, 5ª Turma, Relator o Ministro Edson Vidigal, julgamento em 28.04.98. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 384-388, jan./abr. 1999.

_____. Recurso em Mandado de Segurança nº 634-0-DF, 3ª Turma, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, julgamento em 19/10/1993. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 57, p. 125-136, maio 1994.

_____. Recurso em Mandado de Segurança nº 9.612-SP, 4ª Turma, Relator o Ministro César Asfor Rocha, julgamento em 03/09/1998. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 114, p. 253-257, fev. 1999.

_____. Recurso Especial nº 9.012-RJ, 3ª Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, julgamento em 24/02/1997. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 340, p. 263-269, out./dez. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 307-3, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 13/12/1994. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 335, p. 183-438, jul./set. 1996.

_____. Agravo de Instrumento nº 232.123-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 09/02/1999. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 168, p. 1022-1025, jun. 1999.

_____. Habeas Corpus nº 72.588-PB, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Mauricio Corrêa, julgamento em 12/06/1996. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 174, p. 491-520, nov. 2000.

- _____. Habeas Corpus nº 73.351-SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 09/05/1996. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 168, p. 543-564, maio 1999.
- _____. Habeas Corpus nº 74.081-SP, 2ª Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 22/04/1997. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 164, p. 975-980, jun. 1998.
- _____. Habeas Corpus nº 74.807-MT, 2ª Turma, Relator o ministro Maurício Corrêa, julgamento em 22/04/1997. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 164, p. 1010-1015, jun. 1998.
- _____. Habeas Corpus nº 75.338-RJ, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, julgamento em 11/03/1998. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 167, p. 206-222, jan. 1999.
- _____. Habeas Corpus nº 75.545-3, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 17/02/1998. *Diário de Justiça da União*, [Brasília], seção I, p. 2, 09 abr. 1999.
- _____. Habeas Corpus nº 79.512-9-RJ, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 16/12/1999. *Diário de Justiça da União*, [Brasília], seção I, p. 92, 16 maio 2003.
- _____. Habeas Corpus nº 80.949-RJ, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 30/10/2001. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 180, p. 1001-1021, abr./jun. 2002.
- BRASIL. Constituição (1988): República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DWORKIN, Ronald Dworkin. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução Jeffer-son Luiz Camargo.
- _____. *Taking rights seriously*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- _____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. *Racionalidade argumentativa*. Lisboa: Edições ASA, 1993.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 11, p. 253-266, jan./jun. 2000.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. Tradução A. Ribeiro Mendes.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LAFER, Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 29, p. 20-29, out./dez. 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. *A prova no civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

