

A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL — UM ESTUDO COMPARATIVO DAS POSIÇÕES BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA*

RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO

Juiz Auxiliar da Capital

1. Introdução — 2. A prova ilícita no Brasil — Legislação e Doutrina: 2.1 Enfoque constitucional; 2.2 Enfoque legal; 2.3 Enfoque doutrinário — 3. A prova ilícita no Brasil — Jurisprudência: 3.1 Princípio do livre convencimento; 3.2 Princípio da fé pública; 3.3 Princípios da veracidade da prova — 4. A prova ilícita nos Estados Unidos da América — 5. Análise da jurisprudência e doutrina brasileiras: 5.1 Visão geral do tema; 5.2 O racionalismo legal; 5.3 As diferenças sociais e a ilusão de eficiência; 5.4 O primado da lei e a visão “de resultado” — 6. A exclusão da prova ilícita — problemas teóricos e operacionais: 6.1 Problemas teóricos; 6.2 Problemas operacionais — 7. A exclusão da prova ilícita — problemas práticos: 7.1 Casos práticos; 7.2 Comentários e solução dos casos práticos — 8. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inciso LVI, diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Tal dispositivo, que se aplica a todo e qualquer tipo de processo (penal, civil e administrativo), deixa o intérprete em posição de dúvida. É preciso definir o que caracteriza a ilicitude da prova, qual o alcance e a finalidade de tal norma, e como refletirá ela no dia-a-dia do processo penal (o nosso principal objetivo). É preciso ainda tentar intuir como reagirão o cidadão brasileiro e o Juiz, a tal ditame.

Este estudo vem como pequena contribuição à meditação sobre o tema e não

esgota a matéria; esta necessariamente incluiria não apenas o traçado das diretrizes gerais, mas também a análise das inúmeras hipóteses concretas que surgem na rotina da vida.

Dificuldades de conciliar as necessidades de pesquisa (que se ia aprofundando, conforme cada tópico era enfrentado) com o trabalho diário (que não é pouco) levaram-me a limitar a abrangência do estudo. Utilizei alguns artigos de doutrina e jurisprudência mencionados no *CPC Anotado* de Theotonio Negrão, 20.ª Ed., RT, notas aos arts. 332 e 383 e no *CPP Anotado* de Damasio de Jesus, 7.ª Ed., Saraiva 1989, notas ao art. 155; e pesquisei quase duas centenas de acórdãos na RT, a partir do n. 147. O enfoque prático, jurisprudencial, que eu pretendia dar ao estudo ficou um pouco prejudicado por dois fatores: um, a dificuldade de localizar os acórdãos de interesse dada a diversidade de redação das ementas e mesmo falhas nos índices

* Trabalho apresentado na Escola Paulista da Magistratura em abril de 1990, no curso “O Processo Penal na Nova Constituição”, coordenado pelo Juiz Sidnei Agostinho Beneti.

(ausências de acórdãos); outro, a extrema dificuldade que senti em sistematizar uma jurisprudência esparsa e a-sistemática. As falhas a respeito devem ser debitadas a este autor.

Encontrei poucos estudos a respeito, apesar da relevância do tema, aos quais referir-me-ei a seguir; neles encontrei anotações sobre doutrina e jurisprudência de outros países. Aqui pretendo, após analisar determinadas posições da doutrina e jurisprudência brasileiras, analisar e comparar também a jurisprudência norte-americana, aquela que mais de perto, com mais detalhes e com mais rigor enfrentou o problema da prova ilícita, dando-lhe sempre uma roupagem constitucional como interessa ao nosso estudo.

As referências à doutrina e jurisprudência norte-americanas foram quase integralmente tiradas, às vezes em tradução literal, do livro *Criminal Procedure*, por Wayne R. Lafave e Jerold H. Israel, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985.

O autor, antecipadamente, se desculpa pela singeleza com que tema dessa magnitude foi enfocado.

2. A prova ilícita no Brasil — Legislação e Doutrina

2.1 Enfoque constitucional

A Constituição Imperial de 1824 não enfocou diretamente o aspecto; mas garantiu em seu art. 179, em meio aos direitos individuais, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos “que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade”; resguardou (inciso VII) a inviolabilidade do domicílio, nela permitida a entrada de noite apenas com o consentimento do ocupante ou para o defender de incêndio ou inundação, e de dia nos casos em que a lei o determinasse; proibiu a prisão (inciso VIII) salvo em flagrante delito (com imediata apre-

sentação à autoridade judicial) ou por ordem da autoridade legítima (inciso X). A Constituição Republicana de 1891, no art. 72, assegurou aos cidadãos os mesmos direitos (*caput*, §§ 11.º, 13.º, 14.º) acrescentando a garantia de ampla defesa (§ 16.º), a inviolabilidade do sigilo da correspondência (§ 18.º), e o uso do *habeas corpus* em caso de violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, atual ou iminente (§ 22.º). A CF de 1934, no art. 113, manteve os mesmos direitos. A CF de 1937, no art. 122, assegurou a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, “salvas as exceções previstas em lei” (inciso n. 6), a proibição da prisão salvo em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente e a instrução criminal contraditória (inciso n. 11); disse ainda, no art. 123, que “a especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

A CF de 1946, no art. 141 (*caput*) assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade; e manteve o sigilo da correspondência (sem limitações) (§ 6.º), a inviolabilidade do domicílio (§ 15.º), a necessidade do estado de flagrância ou ordem escrita da autoridade competente para a prisão (§ 20.º), a possibilidade da liberdade sob fiança (§ 21.º), a obrigatoriedade de comunicação da prisão ao juiz competente e o instituto do *habeas corpus* (§ 22.º e 23.º), a garantia de plena defesa ao acusado e da instrução criminal contraditória (§ 25.º); tais direitos e

garantias individuais foram seriamente comprometidos, após 31.3.64, pelos diversos Atos Institucionais baixados pelo denominado "Comando Supremo da Revolução" que possibilitaram ao Presidente da República decretar ou prorrogar pelo máximo de 30 dias o estado de sítio (AI n. 1, de 9.4.64, art. 6.º), subtraíram da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal com base no AI n. 1, neste Ato Institucional e nos atos complementares deste (AI n. 2, de 27.10.65).

A CF de 1967, em seu art. 150, assegurou igualmente a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (*caput*), especificando serem invioláveis a correspondência, o sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas e o domicílio (§§ 9.º e 10.º), a prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente (§ 12.º), o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário (§ 14.º), ampla defesa aos e instrução criminal contraditória (§§ 15.º e 16.º), a instituição do *habeas corpus* (§ 20.º). Tal Constituição, e tais direitos, foram mortalmente golpeados pelo AI n. 5, de 13.12.68, que permitiu ao Presidente da República baixar os Atos Complementares necessários, decretar o estado de sítio, suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, bem como excluiu da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com tal Ato Institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos (arts. 9.º, 10.º e 11.º). A EC n. 1, de 17.10.69 (que pode, na verdade, ser considerada uma outra Constituição) assegurou, no art. 153, os mesmos direitos.

A CF de 1988, em vigor, foi mais explícita e a única a enfatizar especifica-

mente o aspecto. Assegurou a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5.º, *caput*) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (mencionada pela primeira vez), à segurança e à propriedade; e assegurou a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante (inciso III), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), do domicílio (inciso XI) (exigindo, para nela entrar sem o consentimento do morador e durante o dia, autorização judicial), do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, de dados e das comunicações telegráficas (inciso XII) (salvo, no caso das comunicações telefônicas, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal), a punição pela lei de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI), o respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX), a privação da liberdade ou bens somente após o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI), a prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente (inciso LXI), a comunicação à família do preso, a pessoa por ele indicada e ao Juiz competente (inciso LXII), a obrigatoriedade de ser o preso informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado (inciso LXIII), a proibição de manutenção da prisão quando possível for a liberdade provisória (inciso LXVI). Tal Constituição, como se vê, expressamente proibiu a introdução de provas ilícitas no processo (qualquer tipo de processo, seja civil, penal ou administrativo) e elencou apreciável quantidade de direitos, "invioláveis", de cada cidadão.

2.2 Enfoque legal

Requisitos para admissibilidade da prova foram indicados no CPP (arts. 155 e 157, admissibilidade em geral das provas e sua livre apreciação pelo Juiz; arts. 185 e 198, obrigatoriedade do interrogatório e permissão ao Juiz para utilizar o silêncio do réu em seu convencimento; art. 233, expressa inadmissibilidade de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos, bem como possibilidade de sua apresentação em Juízo pelo destinatário, para defesa de seu direito, mesmo sem consentimento do signatário) e no CPC (art. 332, dizendo que os meios legais e os “moralmente legítimos” são hábeis à prova da verdade dos fatos, incluindo (art. 383) a reprodução mecânica, fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie.

Encontra-se ainda proteções esparsas, como no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal n. 4.117/62, art. 57).

2.3 Enfoque doutrinário

Analisando a CF de 1946 afirma Francisco Campos (citado em artigo de Cláudio Pacheco, *Tratado das Constituições Brasileiras*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965, v. IX, p. 270-288, estudo esse parcialmente transcrito em *Liberdades Públicas — Parte Geral*, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e outros, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1978, p. 155) que “o ponto de vista das liberdades individuais controla o sentido da Constituição de 1946 ... na sua interpretação sistemática — e toda interpretação constitucional, por ser a Constituição um sistema, há de ser, necessariamente, sistemática — se deve partir das liberdades individuais para determinar a extensão do poder, ou dos poderes, e não tomar o pulso do poder, ou dos poderes, para pela escala de seu compasso medir ou graduar a escala das liberdades ou dos direitos

individuais”. Acredito que a Constituição de 1988, com seu evidente retorno ao liberalismo e reação às inúmeras agressões aos direitos individuais cometidos pelo Governo Militar (de 1964 a 1985), pretendeu do mesmo modo limitar a atuação do Estado e fazer renascer a proteção ao indivíduo contra esse mesmo Estado.

No mesmo sentido, José Celso de Mello Filho (*Constituição Federal Anotada*, 2.^a ed. Saraiva, S. Paulo, 1986, p. 424 e ss.), em comentário ao artigo 153 da Constituição de 1969 afirma que “as liberdades públicas constituem *limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal*” e que seu rol não é exaustivo. Reafirma a ilicitude da interceptação telefônica e da correspondência, válido o uso apenas desta, como prova judicial, pelo destinatário (a quem a carta passa a pertencer, quando entregue).

Adherbal de Barros, Promotor de Justiça em São Paulo, em artigo denominado “A Investigação Criminosa da Prova”, in *RT* 504/288 (1977) discorre sobre o tema; conclui que é livre a investigação judicial e a apreciação das provas, só encontrando limites nos direitos e garantias individuais; entretanto, a jurisprudência vem decidindo pela “sua plena admissibilidade, livre valoração e irresponsabilidade do órgão do Estado que a produziu”. Após discorrer sobre tal prova, em outros países, e comentar a posição de Franco Cordero (na Itália), reconhece haver “um salto lógico” nas noções de inconstitucionalidade e inadmissibilidade da prova no processo, pois esta questão processual dever ser solucionada pelas regras do próprio processo. Prega, por isso, que a solução se encontra em uma interpretação analógica do art. 233 do CPP para, não sendo menores os valores da vida, liberdade etc. que a correspondência, estender tal inadmissibilidade aos demais caos de ilicitude na colheita da prova. Diz ainda que provas criminosas são incompatíveis com a

própria noção de processo (que tende à realização do Direito, não apenas à descoberta da verdade), para concluir que o combate à criminalidade “só pode ser feito de uma posição eminentemente ética. O Estado que, por seus órgãos, comete crimes e se apropria processualmente de seus resultados, isto é, a prova criminosa obtida, e recepta o produto do crime, nunca levará a bom termo a diminuição da criminalidade (...) Não há senão um remédio: a inadmissibilidade da prova criminosamente obtida”.

Luis Alberto Thompson Flores Lenz (*Os Meios Moralmente Legítimos de Prova*, RT 621/273), afirma que o debate se polariza entre os direitos fundamentais do homem e os princípios básicos que norteiam o processo e a necessidade da descoberta da verdade material, tanto para a proteção da sociedade quanto para efetivação do ideal de justiça. Distingue a prova ilegítima (aquela proibida pela lei processual, tanto em sua formação quanto em sua introdução no processo) da prova ilícita (aquela que contraria o Direito Material quanto ao meio ou quanto à forma de sua obtenção). Quanto a estas, lembra que o Código Penal apenas restringe a invasão física do domicílio e tutela o sigilo da correspondência (art. 150 e 151). Após citar a posição contrária de Ada Pellegrini Grinover e duas decisões do STF proibindo a introdução nos autos de prova ilicitamente obtida, conclui pela necessidade de muita cautela no aspecto; o uso de gravadores, máquinas fotográficas, transmissores de som estão tão difundidos que quando seu emprego se fizer “sem dolo, mas de forma natural e em resguardo de um direito, seu resultado poderá ser aproveitado pelo julgador. Inadmissíveis são o dolo, a malícia, a torpeza na captação da prova. É, aliás, o que está proibido no art. 332 do CPC”. Prega, ainda, que em determinados ramos do Direito (como o Direito de Família) em que a prova é mais difícil,

o Juiz deve ser mais flexível, “sem prejuízo das garantias constitucionais do indivíduo”.

Ada Pellegrini Grinover (*Liberdades Públicas e o Processo Penal*, 2.^a ed., S. Paulo, RT, 1982, citada no artigo de Thompson Flores supramencionado) defende serem inadmissíveis em Juízo as provas proibidas. Todavia, em virtude da lacuna existente tanto em nosso ordenamento material como no processual, compete à CF coibir tais práticas, visto que sempre será infringido um princípio constitucional na aquisição dessa prova: “Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido, afastada, como fizemos, a simples visão unitária, que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual, em um posicionamento que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do Direito Constitucional”.

Celso Bastos, (*Comentários à Constituição do Brasil de 1988*, ed. Saraiva, S. Paulo, 1989, 2.^o v., p. 272 e ss.) em comentário ao art. 5.^o, inciso LVI, afirma que o inciso constitucional se refere tanto aos vícios intrínsecos (provas inadmitidas pela lei processual) como extrínsecos (que ele denomina “ilicitude”, provas em tese admissíveis mas cuja forma de obtenção infringe a lei); e que o comando constitucional, que pretende defender certos direitos fundamentais, “deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado”. Dá exemplos: uma correspondência furtada que pode servir de prova absolutória, pois atribuir-se-á maior relevância à tutela da liberdade. Assim, tentando encontrar um ponto de equilíbrio entre os

interesses em jogo, propõe “algumas regras de imposição obrigatória em função das premissas já lançadas: a primeira, de que a prova a ser feita valer seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu. Em segundo lugar é necessário que a produção desta prova se faça em defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal. E finalmente a prova deve ser acolhida quando aquele que a exhibe não teve nenhuma participação, direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou”. Segundo o autor, estas regras permitirão a obediência à Constituição e o banimento das provas ilícitas, permitindo no entanto a eficácia de outros direitos constitucionalmente garantidos como o da ampla defesa.

3. A prova ilícita no Brasil — Jurisprudência

Não encontrei, na pesquisa que fiz, uma análise mais sistemática do problema em tela, e em praticamente nenhum dos acórdãos pesquisados encontrei menção a eventual ilicitude na obtenção da prova, nem maior enfoque constitucional. Encontrei os seguintes parâmetros, dispersos, aqui reunidos para maior facilidade de compreensão; sob tais parâmetros as questões concretas acabam sendo resolvidas. Noto que a divisão é de minha autoria, e que os acórdãos são todos anteriores à atual Constituição.

3.1 Princípio do livre convencimento

Segundo ele o Juiz atribuirá a cada prova o valor que possa merecer, analisando-a no conjunto mostrado pelo processo. Não encontrei uma divisão hierárquica muito nítida entre “provas” e “indícios”, falando-se sempre no “conjunto da prova”, e não encontrei qualquer análise mais profunda sobre a certeza

necessária à condenação (ou sobre a dúvida suficiente para absolver), entre a certeza (ou dúvida) subjetiva, sentida pelo Magistrado (mesmo quando a prova, objetivamente analisada, contém elementos suficientes à condenação ou à absolvição) e a certeza (ou dúvida) objetiva (isto é, a prova é objetivamente suficiente para a condenação (ou absolvição) mas o Magistrado, em sua experiência, sente haver algo errado que o inclina à direção contrária).

Assim, já em 1943 (RT 148/154) se afirmou que o juiz aprecia livremente as provas, não importando se a autoridade que fez a fiscalização não era quem devia fazê-la, nem se possuía o auto lavrado os requisitos legais, nem se o fiscal possuía a necessária habilitação técnica (no caso, tratava-se de adulteração do leite por adição de água). Em RT 175/523 (TJSP, 1948) atribuiu-se à confissão extra-judicial o mesmo valor probante da judicial, desde que concorde com o resto da prova, afirmando ainda que sem a prova (pelo réu) da coação não subsistia a retratação em Juízo. No mesmo sentido RT 161/51 (1945), 180/110 (1949), 164/488 (1946), 177/97 (1948) (onde se afirmou que a confissão prestada perante a autoridade policial, “desde que clara, concisa e coincidente com outros elementos do processo constitui prova plena, suficiente para a condenação”), 177/119 (1948), 292/441 (1959), 395/309 (1968), 435/365 (1971), 560/324 (1982).

3.2 Princípio da fé pública

Segundo o princípio da fé pública, inerente aos agentes públicos, compete ao réu provar que a confissão, ou a busca e apreensão etc. feitas na fase policial não são corretas, ou de ter ele réu sido submetido a violência ou grave ameaça.

Assim, em RT 175/523 (1948) foi dito que a confissão espontânea, na Polícia, sem prova de coação, prevalece sobre a

retratação em Juízo. Em *RT* 180/110 (1949) mencionou-se expressamente que a prova da violência ou grave ameaça utilizadas para obtenção da prova competia aos réus. Em *RT* 193/139 (1951) a confissão extra-judicial prevaleceu sobre a retratação judicial. Em *RT* 167/539 (1946) afirmou-se que o inquérito policial é instrução provisória “à qual se deve emprestar presunção de veracidade. Cumpre ao réu elidi-la mediante outras provas”. Em *RT* 212/99 (1953) afirmou-se que a confissão policial, feita em ambiente alheio a qualquer violência ou constrangimento, atestada por testemunhas que a assistiram, pode servir de base à condenação. Em *RT* 394/822 (1968) mencionou-se ter o réu dito que confessara após espancamento por investigadores de polícia na porta da fábrica, não havendo prova do espancamento no momento em que foi ouvido, gozando a autoridade policial de presunção de correção em suas atitudes.

3.3 Princípio da veracidade da prova

Segundo ele a prova é analisada pela carga de convencimento que contém, abstraída a forma de sua obtenção; eventual irregularidade é matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada na órbita própria, que não interfere com sua admissibilidade como prova enquanto tal. Nos casos em que demonstrada grave irregularidade na sua obtenção nem sempre os acórdãos mencionam especificamente o aspecto de sua licitude ou ilicitude enquanto prova, nem o aspecto constitucional, nem determinam sua exclusão do processo; apenas deixam de lhe atribuir valor probante, desconsiderando-a na formação do convencimento. Igualmente não encontrei, nos quase 170 acórdãos que pesquisei (iniciando-se em 1940) qualquer referência à prova licitamente obtida a partir de outra prova (esta ilícita) (os denominados “frutos da árvore venenosa”).

Assim, em *RT* 241/89 (1955) admitiu-se como válida confissão de ré analfabeta, na Polícia (sem que as testemunhas da confissão tivessem sido ouvidas em Juízo) por não ter ela alegado qualquer violência policial. Em *RT* 311/104 (1961) consta: “Como acentuou o V. acórdão embargado o réu não fez a mínima prova de que sua confissão foi obtida mediante violência. Essa história de emprego de violência está muito sovada. Já não impressiona ninguém. Mas, como dizia o Min. Costa Manso, o que importa não é saber o modo como foi obtida a confissão”. Em *RT* 356/293 (1964) sobre afirmação de ter a confissão policial sido obtida mediante coação: “eventuais maus tratos impostos ao réu não infirmam o valor probante de confissão que os demais elementos de convicção demonstram ter sido veraz”. Em *RT* 394/282 (1968), sobre afirmação de ter o réu sido espancado na porta da fábrica, antes de ser levado para a Delegacia onde confessou, admitiu-se a confissão como válida pois concorde com o restante da prova. Em *RT* 412/300 (1969), caso em que o réu, por medo do “Esquadrão da Morte”, requirera a própria prisão preventiva, admitiu-se a confissão como autêntica, não interessando o que a motivou. Em *RT* 468/347 (1974), delito de tráfico de entorpecente, sobre violação de domicílio e busca sem mandado judicial, além de confissão mediante sevícias, assentou-se que “as falhas do inquérito não maculam o processo nem a decisão, considerando superada jurisprudência anterior (citada abaixo, oriunda do Tribunal de Justiça — tal delito passara à competência do recém-criado Tribunal de Alçada Criminal) que começava a exigir maior correção na conduta policial. Em *RT* 456/416 (1973) admitiu-se como prova apreensão feita após busca domiciliar sem autorização judicial (invasão de domicílio), por ter-se demonstrado “a veracidade dos fatos” (o voto vencido considerava ilegal a diligência,

comprometendo a prova). Em *RT 424/337* (1970), diligência noturna sem mandado, foi dito que as irregularidades da entrada na residência e na apreensão poderiam acarretar a responsabilidade administrativa dos agentes, mas não a desconsideração da prova; no mesmo sentido *RT 468/347* (1974) dando como ultrapassada jurisprudência contrária que se ia (antes) firmando.

Esta jurisprudência, que com algum temperamento vige até hoje, quase mudou no final da década de 1960. O Tribunal de Justiça, com base nos votos (entre outros) dos Des. Adriano Marrey e Acácio Rebouças, insurgiu-se contra as irregularidades cometidas pela Polícia, principalmente em casos de buscas e apreensões em delitos ligados a entorpecentes, e passou a considerar que tais irregularidades contaminavam todo o processo. Assim, em *RT 440/368* (Câmaras Conjuntas, 1971) considerou-se que a apreensão de maconha em residência, à noite, por guardas-noturnos, continha ilegalidade que contaminava todo o processo (revisão criminal deferida). Em *RT 440/343* (1972) havia prova de ter o réu sido submetido a sevícias brutais, inclusive choque elétrico nos órgãos genitais; considerou-se suspeita a prova da acusação, sem entrar na análise de eventual veracidade. Em *RT 447/337* (1972), prova colhida apenas no inquérito policial por militares, com temporária restrição à liberdade de alguns dos envolvidos, considerou-se haver ofensa ao princípio do contraditório e sem valia a prova; mencionou o ambiente e as circunstâncias em que a prova foi obtida. Em *RT 426/363* (1971) decidiu-se pela desvalia (e absolvição) de apreensão de maconha em busca domiciliar sem a lavratura de auto e sem a observância dos princípios legais. Em *RT 426/354* (1971) considerou-se que busca domiciliar, noturna, sem consentimento do morador infringia direitos constitucionalmente assegurados e não tinha valor a prova assim obtida. Em

RT 463/428 (1973, STF, 1.^a Turma, Rel. Aliomar Baleeiro) considerou-se que confissão policial de acusado preso, sob tortura, tornava-a suspeita, mencionando o desvio na conduta policial e a 5.^a Emenda norte-americana (no caso manteve a condenação com atenuação por haver outras provas que lhe davam suporte). Em *RT 482/384* (1975) mencionou-se que a invasão de domicílio, sem mandado, no final da madrugada, era indevida por ter-se baseado em mera suspeita. Em *RT 454/400* (TACrimSP, 1972) condenou-se o réu sem analisar a regularidade da diligência policial; em voto vencido o Juiz Toledo de Assunção afirmou que busca e apreensão domiciliar, ao arripio da lei, sem a presença da autoridade, infringia garantias constitucionais, não suprimindo as irregularidades eventual consentimento da mulher do réu. Em *RT 452/402* (TACrimSP) o réu foi condenado; em voto vencido o Juiz Rezende Junqueira afirmou que a apreensão ocorreu quando o indiciado estava preso e incomunicável, extravasou o permitido pelo artigo sexto do CPP, sendo necessário na espécie o mandado judicial. Em *RT 579/348* (TACrimSP, 1983) foi dito que a busca e apreensão (jogo do bicho) for irregular e sua irregularidade, por si só prejudicava irreparavelmente a ação penal, independentemente da veracidade da acusação; mencionou ainda que ao Estado não é dado violar a lei.

Mais recentemente o E. Supremo Tribunal Federal, em dois acórdãos envolvendo a admissibilidade de prova (gravação) obtida e produzida sem consentimento das partes declarou (1984, RE n. 100.094-PR, 1.^a Turma, Rel. Rafael Mayer, *RTJ* 110/798) que captação de prova, mediante interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, infringia garantia constitucional do direito da personalidade e era moralmente ilegítima, sendo portanto inadmissível viesse a ser divulgada em audiência de processo judicial em que o requerente (da exclu-

são) sequer era parte; por lesivo a direito individual acolheu mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e desentranhamento dos autos da gravação respectiva; no caso, a prova fora obtida em clara infringência ao § 9.º do art. 153 da CF. Em *RTJ* 84/609 (RE n. 85.439, Rel. Xavier de Albuquerque) indeferiu-se a produção de prova consistente em gravação magnética (em processo civil) feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher com terceiros, mencionando o Relator tratar-se de “meio que também não pode ser considerado moralmente legítimo, por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possam utilizar”.

4. A prova ilícita nos Estados Unidos da América

A exclusão da prova ilícita do Direito Norte-americano decorre da aplicação de diversas disposições das 14 Emendas, principalmente da 4.ª (“Não será infringido o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões irrazoáveis e não se expedirá mandado a não ser mediante indícios de culpabilidade, confirmados por juramento ou declaração, e nele se descreverão particularmente o lugar da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”), da 5.ª (“Nenhuma pessoa será obrigada... a depor contra si próprio em processo criminal ou ser(á) privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular *due process of law*...”) e da 14.ª Emenda (“Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular (*due process of law*); nem negará a qualquer pessoa dentro em sua jurisdição a igual proteção das leis.”) (Tradução constante de *A Corte Supre-*

ma e o Direito Constitucional Americano, por Lêda Boechat Rodrigues, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 333 e ss.). Não há regra constitucional explícita proibindo a introdução de prova assim obtida (embora a redação da 5.ª Emenda mais facilmente conduza a isso); na verdade a “common law” expressamente dizia que os Tribunais não inquirirão sobre a forma pela qual prova normalmente admissível foi obtida.

O preceito da 4.ª Emenda foi pouco explorado até 1886 quando, em “*Boyd v. United States*”, a Suprema Corte afirmou que o exame forçado de papéis relacionados com a prática de crime violava a 4.ª Emenda e que tais papéis não podiam ser admitidos como prova contra Boyd. Embora a 4.ª Emenda, diversamente da 5.ª Emenda, não contenha regra de exclusão, a Corte a isso chegou unindo os dois comandos, notando que “[a Corte] não tinha percebido que diferença substancial poderia haver entre utilizar como prova contra alguém livros e papéis particulares e obrigá-los a depor contra si mesmo”. Em 1914 a Corte decidiu “*Weeks v. United States*”, onde o réu impugnou o uso em julgamento federal de prova apreendida em sua casa pela polícia local (àquele tempo a Suprema Corte vinha decidindo que as garantias da Constituição Federal, dirigidas contra o Governo Federal, não podiam ser opostas aos Estados) e mais tarde por policiais federais. A Corte afirmou que admitir prova ilegalmente obtida por agentes federais implicaria, de fato, em aprovar sua conduta inconstitucional: “Permitir [invasão ilícita da santidade de sua casa por agentes da lei] seria corroborar por decisão judicial uma manifesta negligência, se não aberta contestação, das proibições da Constituição, nela constantes para a proteção do povo contra estas atitudes não-autorizadas.”

Após diversos outros julgados de relevo, muitos enfrentando a questão de serem tais proibições constitucionais

(dirigidas ao Governo Federal) também aplicáveis às polícias estaduais, em "Mapp v. Ohio" (1961) a Suprema Corte afirmou que toda e qualquer prova ilícita, obtida que fosse por agentes federais ou estaduais, era igualmente inadmissível. Afirmou ainda que "Desde que o direito à privacidade da 4.^a Emenda foi considerado obrigatório para os Estados através da cláusula do devido processo legal da 14.^a Emenda, é compulsório contra eles pela mesma regra de exclusão usada contra o Governo Federal. Se fosse diferente então assim como sem a regra de "Weeks" a segurança contra buscas e apreensões federais injustificadas seria uma "fórmula de palavras", sem valor e desmerecedora de menção em uma carta perpétua de inestimáveis liberdades humanas, assim também, sem aquela regra a liberdade contra invasões estaduais da privacidade seria tão efêmera e tão claramente separada de seu nexó conceitual com a liberdade contra qualquer meio brutal de obter provas de modo a não merecer a grande preocupação desta Corte com uma liberdade 'implícita no conceito de liberdade organizada'.

Evitar buscas e apreensões injustificadas ou desarrazoadas é a maior finalidade da regra de exclusão. Isto foi dito pela Corte em "Wolf" (1949) ("a exclusão da prova pode ser uma eficiente maneira de evitar buscas injustificadas"), "Elkins" (1960) ("sua finalidade é evitar — obrigar ao respeito à garantia constitucional na única maneira efetiva disponível — removendo o incentivo ao desrespeito"), e "Mapp" (1961) (mencionou-se "se não insistirmos nesta garantia [para evitar condutas ilícitas] a 4.^a Emenda seria reduzida a uma 'fórmula de palavras'"). Mais tarde, em "Linkletter v. Walker" (1965) a regra foi caracterizada como um "eficiente meio de se evitar ações policiais ilegais", e em "Terry v. Ohio" (1968) a Corte ressaltou que "a maior finalidade da regra é evitar [condutas

ilegais]". A regra serve também para outras finalidades. Há, também o que a Corte mencionou em "Elkins" como "um imperativo da integridade judicial", especificamente que os Tribunais não podem tornar-se "cúmplices da deliberada desobediência de uma Constituição que eles juraram defender". Uma terceira finalidade da regra de exclusão, como recentemente alguns membros da Corte disseram mais claramente, é o de "assegurar o povo todas as vítimas potenciais de condutas ilícitas de agentes policiais que o Governo não obterá benefícios de seu comportamento ilegal, assim diminuindo o risco de seriamente minar a confiança do povo no governo" (United States v. Calandra", 1974).

Das três finalidades nota-se que a primeira delas (evitar condutas ilícitas dos agentes da lei) tem sido considerada a mais importante e aquela que efetivamente baliza a análise de cada caso concreto; assim, em determinados casos a Corte manteve a prova ilicitamente obtida dizendo que, naquele caso específico, a exclusão da prova não traria nenhum efeito benéfico para o ordenamento do trabalho policial (os votos divergentes deram maior peso às duas outras finalidades, considerando-as mais importantes que a primeira) ("Calandra", 1974). Esta decisão ("Calandra") é importante ainda por outro aspecto. Enquanto em "Mapp" (1961) a Corte disse ser a regra de exclusão "parte da limitação da 4.^a Emenda à ação governamental contra a privacidade do indivíduo", a maioria em "Calandra" caracterizou a regra como "um remédio criado em Juízo para garantir os direitos assegurados pela 4.^a Emenda genericamente através de seu efeito preventivo, mais que um direito constitucional pessoal da parte agravada". Esta linguagem tem sido vista com preocupação como um sinal de que a Corte poderá "abrir a porta ainda mais e abandonar de uma vez por todas a regra de exclusão [da prova ilícita]".

Deve-se dizer que esta exclusão de provas tem sofrido freqüentes ataques. Diz-se que sua aplicação impede (ou "algema") a ação policial, o que não faz sentido uma vez que a proibição vem da própria Constituição, e não deste remédio judicial. Diz-se que as indicações de quais condutas são ou não admissíveis não são claras; a preocupação é legítima, mas abandonar-se simplesmente a regra transformaria as garantias da 4.^a Emenda em não mais que "uma fórmula de palavras" [isto é, uma fórmula vazia]. Diz-se que a regra vem em auxílio dos culpados é uma grande distorção; a regra, como dito em "Elkins" (1960) "é feita para prevenir [isto é, evitar condutas futuras] e não para reparar [condutas passadas]"; a supressão da prova em um caso particular se faz para influenciar a conduta policial futura, e assim os inocentes e a sociedade são os principais beneficiários.

Tentativas e propostas da própria Suprema Corte para tornar menos rígida esta regra não lograram êxito. Propôs-se que as vítimas de tais ilicitudes pudessem comparecer perante Varas especializadas e receber uma indenização do Governo ("Bivens v. United States", 1971, pelo Presidente da Corte); que a regra deveria ser abrandada quando se demonstrasse que o agente policial estivesse agindo com boa-fé e na crença da licitude de sua conduta (Ministro White, "Stone v. Powell", 1976) ou na posse de um mandado judicial. Várias razões, tanto referentes à dificuldade de cidadãos normais ajuizarem o pleito indenizatório, como admitir-se um sistema tipo "viola agora, paga depois", como referente à dificuldade de aferir-se a boa ou má-fé do policial com ou sem mandado judicial, tem aconselhado a maioria da Corte a manter, ainda que com algum temperamento em determinados casos, a regra de exclusão como única forma de garantir o respeito a direitos individuais consti-

tucionalmente assegurados, de evitar que os Tribunais se tornem "cúmplices da ilegalidade", e de assegurar ao povo que o Governo ou agirá dentro da lei, ou não terá benefícios quando agir fora dela.

A regra de exclusão tem sido utilizada também em procedimentos não-criminais e administrativos, a partir de 1965 ("One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania"), sob o argumento de que não faria sentido excluir-se determinada prova em um procedimento criminal e mantê-la em um procedimento civil ou administrativo cujo efeito para o réu é às vezes mais grave ou mais oneroso. A regra não tem sido aplicada, no entanto, quando relacionada com buscas e apreensões privadas, realizadas sem qualquer participação direta ou indireta de agentes do Governo, porque "origem e história da 4.^a Emenda claramente mostram ter ela sido dirigida para restringir as atividades da autoridade, não para limitar outras condutas que as dos agentes públicos" ("Burdeau v. McDowell", 1921).

Tal regra tem sido aplicada com muito cuidado, caso a caso, após detida análise dos detalhes envolvidos. O estudo de cada uma dessas hipóteses exigiria trabalho imensamente maior que este; um pouco dessa jurisprudência será mencionada mais à frente.

5. Análise da Jurisprudência e Doutrina brasileiras

A análise que ora se faz não segue maior método científico e diversas de suas proposições dependem de maior verificação e embasamento teórico, impossível de obter dada as dimensões do estudo e as dificuldades já mencionadas para complementação da pesquisa. Deve ser tomada, portanto, sempre como afirmação condicional e como ponto de partida para futura e mais profunda discussão; e refletem, de forma honesta, as observações informais do autor.

5.1 Visão geral do tema

Observa-se que, pelo menos desde a Constituição Imperial de 1824 (aqui tomado como primeiro documento legal de importância, em condições de suportar o desenvolvimento de uma doutrina judiciária), são invioláveis os direitos civis e políticos que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179); e tal inviolabilidade foi mantida em todas as Constituições posteriores, agregando-se a tais direitos ainda o direito à vida e à igualdade. Pode-se afirmar, sem medo de erro, que a mentalidade política e jurídica do País, pelo menos desde 1824, atribui relevo especial aos direitos à vida, à segurança individual, à propriedade e à liberdade. Infrações a tais direitos constam como crime no CP e em leis especiais, a última delas (de maior importância) a Lei 4.898/65 que disciplinou os denominados crimes de abuso de autoridade. Pode-se afirmar também, na esteira dos constitucionalistas, que por "Constituição" se entende, em sentido jurídico, "o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma de Governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 5.^a ed. Saraiva, S. Paulo, 1975, p. 20); e que, na esteira de José Celso de Mello Filho já citado, "as liberdades públicas constituem limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal. Em outras palavras, faz pelo menos 167 anos que a lei proíbe condutas abusivas no Estado na investigação de crimes (além de outras). A experiência comum indica, e os repositórios de jurisprudência confirmam, que tais arbitrariedades nunca deixaram de existir.

No entanto, apesar de sua relevância e apesar das boas intenções jurídicas, doutrina e jurisprudência indicam que o tema nunca foi tratado com maior ênfase

neste País; há diversos acórdãos que fazem críticas severas às condutas policiais, há artigos de doutrina que enfocam o tema; mas poucos, a-sistemáticos, que se perdem em considerações meramente jurídicas quando estas considerações deveriam ser o ponto de partida para uma afirmação mais eficiente do Poder Judiciário como guarda da lei. Como se viu da pesquisa realizada, aqui mencionada, os primeiros acórdãos que enfrentaram especificamente o problema da ilicitude na obtenção da prova criminal, e reagiram a essa conduta por não atribuir nenhum valor à prova assim obtida, datam do final da década de 1960, mais especificamente dos anos de 1971 a 1972 quando as forças policiais, fortalecidas pela impunidade assegurada pelo regime militar, passaram a exorbitar de tal modo que a adormecida consciência jurídica viu-se (não em sua totalidade, entretanto) obrigada a reagir.

Tal tema, que se entrosa com diversos outros de importância ímpar (a extensão dos poderes do Estado, o confronto dos interesses individuais com o interesse na apuração dos crimes, o necessário freio a ser colocado à atividade policial, a guarda da Constituição como lei fundamental etc), não mereceu neste século e meio maior atenção nem da doutrina, nem da jurisprudência. Este desinteresse, anômalo, deve ter por base determinadas condicionantes extra-jurídicas que a seguir se tentam indicar. Percebe-se que a arbitrariedade policial na colheita das provas nunca se constituiu em um "problema" para o mundo jurídico; e por não ser um "problema" não se procurou, para isso, solução. A mudança constitucional impõe alguma alteração nessa atitude.

5.2 O racionalismo legal

Nossa cultura, de origem européia e fortemente influenciada em sua origem pelo racionalismo e pelo idealismo, pouco mudou do final do século passado até

hoje. Distinguem-se assim as “verdades de fato”, contingentes e particulares, implicando sempre na possibilidade de correção e válidas apenas dentro de limites determinados, com resultados provisórios e sujeitos a retificações e verificações sucessivas, das “verdades de razão”, dotadas de universidade e certeza, que se originam não do fato mas constituem condições do pensamento; tende o racionalismo a reduzir as investigações sobre o real a noções cada vez mais simples e que, além de sua simplicidade e evidência, sejam comuns a todo espírito pensante. A distinção de Leibniz é esclarecedora: “Quando uma verdade é necessária pode encontrar-se a sua razão mediante a análise, resolvendo-a em idéias e verdades mais simples, até se chegar às primitivas” (as noções filosóficas foram tiradas de *Filosofia do Direito*, v. I, por Miguel Reale, 6.^a ed., Saraiva, S. Paulo, 1972, p. 85-86). Ou, no dizer de William James em sua primeira conferência sobre o pragmatismo em Harvard, Estados Unidos da América, em 1906, racionalistas são os “devotos dos princípios abstratos e eternos” (“Pragmatismo and other essays”, Washington Square Press, Pocket Books, Nova Iorque, 6.^a ed., 1975, p. 8).

Ao invés da crua variedade e dificuldade dos fatos, ao invés de resolver a tensão existente entre o sonho e a realidade partindo da realidade exterior e de como os fatos concretamente se apresentam, nosso racionalismo se contenta com a análise das idéias. Nosso esquema lógico, compartimentado, impede grandes “saltos” ou união de coisas aparentemente desligadas (essa visão racionalista, dogmática, é a causa da dificuldade sentida por Adherbal de Barros, no artigo retro, citado, em unir uma realidade sentida — a violência policial na obtenção das provas — a um sistema legal que diretamente não repelia tal conduta); e a visão idealista exige que as estruturas do pensamento lógico sejam preservadas.

O pensamento racional se contenta com a aplicação da lei, na forma como vem escrita. Acredita que sua afirmação na sentença ou no acórdão é suficiente. Acredita que a efetivação das garantias, no plano da concretude, não é algo que lhes concerne, mas sim a outros planos lógicos ou a outras estruturas fora de seu poder (como exemplo, a afirmação de que, veraz a prova, nada podia fazer a respeito do Judiciário, cabendo aos órgãos próprios a punição criminal ou administrativa dos agentes faltosos — mesmo sabendo que tais punições nunca se efetivariam). Acredita que a lei, como entidade ideal que é, fica satisfeita com a afirmação ideal e com o resultado moral decorrente (assim, condena-se criminosos a penas concretamente ridículas pois, com a condenação — isto é, a afirmação no plano das idéias da repulsa legal àquela conduta — o mundo legal está pacificado). Evita descer a análises concretas dos efeitos da condenação, evita tratar das tensões entre princípios em bases fáticas.

Assim, o pensamento racional, sempre que se defrontou com tais tensões (uso de provas comprovadamente obtidas ilegalmente, mas aparentemente verazes), encontrou uma saída racional: o Direito se satisfaz ou com o reconhecimento (moral, ideal) de que aquela conduta não é correta, ou com a remessa do ilícito à correção “pelos órgãos próprios”. “Limpouse” da categoria lógica mais importante (o Direito no caso concreto) sua parte problemática; atendeu-se assim tanto à necessidade de condenar no caso concreto, como se aplacou a consciência quanto à parte incongruente. O uso da prova ilícita no processo, portanto, nunca se constituiu em um “problema” a ser resolvido; tal ilicitude, que não maculava a prova (as irregularidades do inquérito não contaminam o processo, a prova vale pela sua carga de convencimento e não pela forma como obtida etc), não era problema do Judiciário nem do sistema legal.

5.3 As diferenças sociais e a ilusão de eficiência

É sabido que, no Brasil, as mais freqüentes vítimas da arbitrariedade policial são os desprotegidos; é também sabido que a maior parte dos crimes violentos (os que mais impressionam a população) são cometidos pelas pessoas humildes; assim, ou por pertencerem a um estrato social mais elevado, de certa maneira quase imune a esse tipo de arbítrio e violência, os integrantes do mundo jurídico não tem experiência pessoal de tais arbitrariedades, nem se colocam seriamente como provável vítima delas.

A Polícia leva ao Judiciário, na forma de inquéritos policiais, os casos em que as diligências tiveram sucesso; os demais ou não são transformados sequer em inquérito policial, ou são arquivados por falta de elementos, perdendo-se portanto qualquer traço da ilicitude praticada. O Judiciário acostuma-se a ver, em consequência, uma proporção elevada de diligências que-tais em que a Polícia, ainda que com algum exagero, chegou ao criminoso e adquire-se a sensação subjetiva, subconsciente, de que tais métodos mais truculentos são usados com alguma eficiência e contra as pessoas certas, uma vez que o conjunto da prova convence de ser o réu o culpado da infração.

Quando se soma a falta de experiência pessoal do mundo judiciário, a visão subconsciente de que tais condutas “dão certo” com o preconceito de que criminosos não merecem a mesma proteção da lei, tem-se mais um indício do porque nunca terem tais arbitrariedades se constituído em um “problema” a ser resolvido. Lembro apenas que desconhece-se o número de diligências arbitrárias que não deram certo, nem o número de pessoas injustamente molestadas por elas, nem o trauma físico e psíquico sofrido por tais vítimas, nem a proporção do

abalo de sua crença no Poder Público. Na verdade, o uso de tais métodos deixa a Polícia preguiçosa e sem incentivo para a utilização de investigação mais científica; é sempre mais fácil ameaçar, invadir, coagir até que alguém lhe entregue as provas, do que efetuar o cuidadoso trabalho de busca dos indícios que a seriedade da Justiça exige.

5.4 O primado da lei e a visão “de resultado”

Nossa cultura jurídica, positivista, vê o Juiz como mero cumpridor e aplicador da lei; a discussão sobre os grandes rumos da sociedade cabe ao Legislativo, enquanto ao Judiciário cabe unicamente, com os olhos voltados para o passado, examinar os fatos da causa (isto é, examinar o passado) à luz da lei aplicável, encontrando uma solução ou um resultado. Cabe ao Juiz, portanto, realizar a vontade concreta da lei, e não mais que isso. Tal doutrina, quase pacificamente aceita, coloca o Judiciário em uma posição subalterna e inaceitável; não lhe cabe decidir nada mais do que aquilo contido na lei, nem lhe cabe impedir condutas se não expressamente autorizado pela lei. O Judiciário, em tal posicionamento, não é um interlocutor ativo da sociedade; é um interlocutor passivo, que apenas reage a impulsos (os casos concretos) aplicando receitas que já lhe vem prontas. Tal alheamento da discussão dos grandes problemas nacionais (que compete ao Executivo e ao Legislativo, nessa visão), aliado à visão técnico-jurídica (mero cumpridor da lei) tem levado a jurisprudência pátria ou a não discutir os grandes temas constitucionais (note-se que a quase totalidade das decisões de primeiro e segundo graus, inclusive em temas como este, são baseadas na lei ordinária e quase nunca em direitos garantidos na Constituição), ou a discuti-los de maneira exclusivamente técnica, em uma leitura do texto

constitucional dirigida e sem grandes confrontos.

Esse primado da lei, que escraviza às vezes o Juiz, é-lhe inculcado também como uma forma de procurar a sua realização imediata. Cabe ao Juiz assegurar o resultado querido pela lei: condenar o réu, se culpado, abstraido outras questões salvo aquelas tecnicamente ligadas à materialidade e autoria do crime. Não teria sentido, nesta visão, recusar no processo uma prova (cuja forma de obtenção é um fato extra-processual) que possa auxiliar no convencimento daquele caso, na realização da vontade concreta da lei naquele caso, que possa permitir alcançar-se o resultado concreto naquele caso.

Essa visão legalista, técnico-jurídica e desvinculada muitas vezes do que realmente ocorre no mundo exterior, tem levado o Judiciário a passivamente aplicar a lei, sem preocupação com outros princípios maiores. A aplicação da lei, exercício técnico-jurídico, exige que na busca da verdade todos os elementos existentes sejam analisados, independente de fatos extra-processuais que devem merecer solução "na órbita própria" (se são, ou não, solucionados, é problema que foge à preocupação do Juiz). Estes são os terceiro e quarto motivos pelos quais considero que a prova ilícita nunca se constituiu em um "problema" para o Judiciário, e portanto nunca mereceu análise mais profunda.

A doutrina e jurisprudência atuais, em regra, de pouca valia serão para eventual aplicação do preceito constitucional em tela. Exige ele sensível mudança de visão do mundo jurídico e do papel do Judiciário, e trará (até pela amplitude de tal inciso) dificuldades não pressentidas. Sem essa mudança de visão, temo, a garantia constitucional transformar-se-á em "uma mera fórmula de palavras", uma garantia formal sem qualquer resultado prático, sem qualquer reflexos na vida quer do Estado, quer das pessoas.

6. A exclusão da prova ilícita — Problemas teóricos e operacionais

6.1 Problemas teóricos

A efetivação da garantia constitucional pressupõe o seguinte: (a) consciência de que as garantias constitucionais são limites à ação do Estado (principalmente) e, no caso em tela, também à ação dos particulares; sendo limites, demarcam zonas que não podem ser transpostas; (b) consciência de que a finalidade de tal exclusão não é resolver o caso passado, mas prevenir e evitar os abusos futuros; é não realizar a vontade concreta da lei em um determinado caso (por exemplo, absolver o homicida) para realizar um comando maior que visa evitar condutas abusivas futuras; (c) consciência de que tal exclusão não resolve nenhum problema lógico-jurídico, ao contrário coloca o julgador em posição de incongruência, ou de conflito, entre a busca da verdade real e outros princípios aos quais a sociedade resolveu atribuir maior relevo; (d) consciência de que o descumprimento da lei e da Constituição, ainda mais quando realizado pelos próprios órgãos que deveriam cumprir a lei, abalam a confiança do povo nas instituições e torna sem sentido qualquer garantia maior, e transforma os Tribunais em "cúmplices do desprezo à Constituição que juraram fazer cumprir"; (e) consciência de que a exclusão da prova ilícita, quando decisiva para o caso, poderá significar a absolvição de um culpado e colocará considerável parcela da população e da imprensa contra o Judiciário, ao menos até que uma atuação firme comece a produzir frutos.

Ultrapassada essa visão, cabe ver no que consiste a ilicitude na obtenção da prova. Pode-se dizer que prova ilícita é aquela obtida mediante infração a outros preceitos constitucionais e legais; aquela que foi obtida mediante infração a qualquer outra garantia individual (violação

da intimidade, da casa, da correspondência e das comunicações de dados, telefônicas e telefônicas, desrespeito à integridade física e moral, prática da tortura, ameaça, coação, indução, captação de vontade) ou legal (infração a dispositivos do CP, do Código de Telecomunicações etc.)

Não menciona a lei se a ilicitude anterior contamina a conduta posterior, aquilo que os norte-americanos chamam de “frutos da árvore envenenada”. Sabendo-se que tal dispositivo se erige em limitação à ação estatal e que permitir que a Polícia possa, ainda que indiretamente, lucrar com sua atividade ilícita é o mesmo que incentivá-la a permanecer nessa prática, a jurisprudência fatalmente deverá excluir do processo também esta prova, delimitando os casos em que tal ocorrerá.

6.2 Problemas operacionais

O problema operacional é simples por um lado, e complexo por outro. Nos Estados Unidos as provas permanecem em poder das partes até o momento do julgamento, sempre concentrado em uma audiência que se prolongará pelo tempo necessário à instrução e julgamento do processo; e cada parte tem conhecimento, com antecedência, das provas em poder da outra. Assim, quando determinada prova é considerada ilícita e excluída do processo, na verdade sequer é ela juntada aos autos, sequer chega a integrá-lo; e se o foi é desentranhada e devolvida à parte que a produziu. Assim fazendo, impede-se o impacto psicológico que sua presença produz e os efeitos subconscientes que possa ter; mesmo formalmente excluída, a consciência de sua existência pode servir de elo a outras provas que, isoladamente, não teriam maior carga de convencimento.

No processo brasileiro as provas são produzidas ou na Polícia, ou em Juízo, e são encartadas aos autos conforme

sejam produzidas ou conforme o interesse das partes, sem o conhecimento (da juntada) da outra parte. O Juiz as lê e quando a outra parte, intimada, pedir e obtiver sua exclusão, seus resultados maléficos já se terão produzido: o Juiz a leu e seu conteúdo poderá ser a “ponte” entre diversas provas por si desconexas, servindo como base (não declarada) da condenação. Admitindo-se que a prova ilícita é inadmissível (nos exatos termos do comando constitucional), o Juiz terá dois caminhos: (a) mantém a prova no processo, desconsiderando-a no momento da decisão e (b) exclui a prova do processo, o que implicaria em retirá-la dos autos, fisicamente. No primeiro caso o comando constitucional transformar-se-ia nas “palavras sem conteúdo” já mencionadas, uma vez que seu impacto psicológico poderia ser arrasador e determinante na formação da convicção do magistrado; na segunda hipótese (totalmente contrária à nossa praxe cartorial e à nossa cultura jurídica) o que fazer com a prova excluída? Desentranha-se o laudo, a confissão policial, o auto de apreensão e devolve-se-o à Polícia? Desentranha-se a prova ilícita e determina-se sua destruição em Cartório? Devolver-se-á ao Promotor de Justiça? Conservar-se-á apensada para permitir melhor apreciação da exclusão pelo Tribunal? De qualquer modo, como o Juiz que julga o processo é o mesmo que determinou o desentranhamento, ainda teríamos resquícios desse impacto psicológico já mencionado. E, finalmente, a análise da licitude da obtenção da prova, que confunde-se com o juízo de admissibilidade da prova no processo, dependerá a maior parte das vezes de aprofundada análise da forma de sua obtenção, com oitiva de testemunhas, análise de documentos ou correspondências etc. trazendo um “plus” na formação do processo a que nosso sistema não está acostumado; e este incidente de admissibilidade, com ampla atividade probatória, será feito nos autos

(com o perigo do convencimento psicológico, ainda que não declarado na sentença)? Será feito em autos apartados, que serão ou não apensados aos autos principais? Ficará o processo suspenso até que o Tribunal aprecie eventual recurso da acusação ou da defesa? Se a prova excluída for a única que ligue o réu ao delito, ou for aquela que comprove a materialidade, poderá o Promotor desistir do processo, ou deverá tocá-lo até o final, obrigando o Juízo a essa atividade inútil?

A solução desse problema operacional poderá ser a seguinte: (a) a ilicitude de uma ou mais prova do processo deverá ser fundamentadamente alegada pela defesa em apartado, no prazo da defesa prévia (se tal não foi feito antes, ainda na fase inquisitorial); (b) nos autos apartados deverá o Juiz promover a instrução que se fizer necessária, inclusive com oitiva de testemunhas especificamente sobre o aspecto em foco; (c) tal incidente deverá estar terminado e decidido antes do início da instrução do processo principal; dessa decisão caberá recurso sem efeito suspensivo, podendo utilizar-se para tal o próprio recurso em sentido estrito, ou a correição parcial, ou algum tipo de agravo de instrumento; (d) o incidente, após julgado, não poderá permanecer apensado aos autos principais, nem deverá ser compulsado pelo Juiz antes da sentença; (e) o recurso não impedirá a prolação da sentença; (f) se antes da sentença o Tribunal determinar a inclusão ou exclusão da prova o Juízo poderá refazer no todo ou em parte a instrução, na medida em que tenha sido influenciada pela decisão *ad quem*; (g) se a decisão de segundo grau for proferida após a prolação da sentença caberá ao Tribunal, havendo recurso, ou reapreciar integralmente a causa, decidindo-a à luz da nova prova (posição que mais me atrai, pela economia processual), ou anular a sentença determinando que outra seja prolatada às luzes da

prova agora incluída ou excluída; (h) como a exclusão da prova não se faz de ofício, mas sempre por provocação do interessado (usualmente a defesa) a prova excluída será encartada nos autos do incidente de exclusão e arquivada com este; se constituir-se de depoimentos dos quais parte seja válido, permanecerá nos autos principais cópia do mesmo, com as partes excluídas devidamente riscadas para que não sejam lidas.

É igualmente delicado definir-se a competência para a apreciação do incidente; e são dois os caminhos possíveis, cada um com suas vantagens e desvantagens. A primeira possibilidade seria atribuir a solução do incidente ao Juiz do processo (ao DIPO, na Capital, em caso de inquéritos; ao Juiz a quem o inquérito tiver sido distribuído, nas demais Comarcas); esta solução é mais consentânea com nossa praxe judiciária e evita ficar uma Vara na dependência do bom ou mau funcionamento da outra. Traz como inconveniente o aprofundado estudo da prova pelo Juiz que julgará o processo (com o impacto psicológico já citado) e maior dificuldade em fixar-se quais condutas são admissíveis ou inadmissíveis no trabalho policial (lembro, como mencionado nos acórdãos norte-americanos, que policiais não são técnicos em direito e não tem nem o conhecimento, nem o tempo, necessários a dirimir intrincadas questões legais quando no curso de uma diligência, ou quando surpreendidos na presença ou em meio de uma ação delituosa). A segunda posição seria atribuir-se tal análise a um Juiz específico, provavelmente o Juiz Corregedor dos Presídios; a vantagem seria a melhor definição das condutas permitidas para a Polícia, maior facilidade sua de influenciar (conhecendo pelos incidentes os detalhes da ação policial) mudanças na rotina policial, e a não-interferência da prova excluída no convencimento do Magistrado que julgar o caso, já que não terá a ela acesso. As

desvantagens seriam a dependência do Juiz do processo do bom ou mau funcionamento de outra Vara e a concentração de tal decisão em um único Juiz, nem sempre seguidor da melhor posição. Embora o rigoroso cumprimento de tal inciso constitucional aconselhe a segunda posição, acredito (e talvez seja o melhor, dentro de nossa realidade) que a primeira delas acabe por prevalecer.

7. A exclusão da prova ilícita — Problemas práticos

Pareceu-me melhor, até para melhor percepção das dificuldades que os casos concretos apresentam, indicar algumas hipóteses concretas que tem sido enfrentadas pelos Tribunais norte-americanos, e como foram decididas. Na primeira parte colocarei unicamente os casos concretos; na segunda parte indicarei a solução dada, com eventual transcrição dos acórdãos, e farei sempre que pertinente algum comentário sobre o problema. A diversidade de hipóteses, enorme, impede estudo mais exaustivo delas; enfocarei algumas que me pareceram mais interessantes, sem preocupação de hierarquia, sistema, ou esgotamento da matéria. Este, lembro, é um trabalho para meditação e para perguntas, não necessariamente para respostas.

7.1 Casos práticos

a) Katz, suspeito de um crime, conversava sobre o mesmo em uma cabine de telefone público. Agentes policiais, por intermédio de um aparelho eletrônico preso ao exterior dessa cabine, ouviram e gravaram parte da conversa em que Katz admitia sua participação no delito. A defesa impugnou a apresentação dessa gravação como prova judicial, alegando violação de seu direito à privacidade.

b) Dois traficantes de maconha se encontram em uma praça, de madrugada, em local isolado e sem qualquer pessoa por perto. Um policial, desconfiado,

consegue aproximar-se o suficiente para ouvir o que dizem e perceber o que fazem e os prende. A defesa alega que a aproximação do policial, sem motivo anterior, e sua oitiva da conversa que tinham os dois réus violavam a privacidade de ambos e pede a exclusão da prova assim obtida.

c) O policial, sem invadir propriedade, com o uso de um binóculo observa o que se passa dentro de uma casa e vê, no quintal e dentro de um quarto, objetos que presumivelmente são frutos de uma atividade criminosa. De posse de um mandado judicial apreende os objetos encontrados nos dois lugares. A defesa pede a exclusão dessas provas por constituir-se a observação por binóculo uma invasão de sua privacidade.

d) O policial aproxima-se de um veículo estacionado e começa a observá-lo. Retira com um instrumento algum material aderido à pintura, material esse que análises posteriores demonstram ter ligação com um crime antes cometido. Vê sobre o banco uma maleta fechada e outro objeto, igualmente de obtenção criminosa. Tão logo se aproxima o dono do carro o policial faz a apreensão do objeto visto e da maleta, dentro da qual (após abertura no local) encontra ele uma porção de drogas. A defesa pede exclusão das três provas (a análise laboratorial feita no material retirado da pintura externa, do objeto encontrado sobre o banco e das drogas encontradas dentro da maleta) alegando violação de sua privacidade.

e) Um policial, disfarçado, faz-se amigo de um suspeito e quando, no curso dessa amizade, vem este a indicar-lhe participação em crimes, é preso e pretende a acusação ouvir o agente em Juízo. A defesa pede a exclusão desse depoimento (que ele não seja prestado) alegando que seu depoimento violaria a privacidade do réu, privacidade que ele esperava quando fez a confidência.

f) o policial comparece perante o Magistrado e solicita um mandado de

busca e apreensão afirmando que, segundo suas observações, acredita ele que em determinada residência poderão ser encontrados os objetos furtados, descritos em inquérito.

g) o policial pede ao Juiz um mandado de busca e apreensão dizendo que, segundo um informante policial cujo nome não indica, narcóticos eram guardados em uma determinada casa.

h) Um cidadão é preso por dirigir sem habilitação e, no ato da prisão, é revisado; em um de seus bolsos, dentro de um maço de cigarros, é encontrada uma porção de heroína. A defesa pede a exclusão desta prova dizendo que a busca pessoal a que submetido o réu foi ilegal, e que somente com anterior autorização judicial poderia ter sido ela feita.

i) A polícia, de posse de um mandado de prisão, força a entrada a prende o réu em sua casa; a defesa alega ter havido invasão de domicílio e pede a desconstituição da prisão (mesmo caso: a prisão é feita não na casa do réu, mas de terceira pessoa).

j) Polícia monta vigia perto da casa de um réu, para prendê-lo, com mandado de prisão expedido após ter sido elevado o montante de sua fiança. Trata-se de um acusado de tráfico de entorpecentes e, durante a vigia, vêem-no sair logo após a parada de um carro, entregar algo ao motorista que se afasta rapidamente, dando a impressão de venda de narcóticos. A Polícia imediatamente se aproxima e o prende (com base no mandado de prisão) e, como o réu se preparava para reentrar em casa, entra com ele; efetiva uma busca e acaba encontrando certa quantidade de drogas. A defesa pede a exclusão dessa prova, por ter sido realizada sem mandado com invasão de domicílio e violação da intimidade.

l) Um policial, suspeitando da preparação de um furto, detém três homens que olhavam para dentro de uma loja e, não obtendo resposta satisfatória para

suas perguntas, revista-os encontrando armas com dois deles. A defesa pediu a exclusão das provas dizendo não haver justa causa para prisão no momento em que os réus foram parados, e que uma busca em suas pessoas dependeria de um mandado.

m) A polícia, judicialmente autorizada a interceptar toda comunicação oral em determinado escritório, nele entrou clandestinamente para instalar e, depois, para remover um equipamento eletrônico de escuta. A defesa impugnou a prova, dizendo que a ordem judicial não expressamente autorizava entrada clandestina no local.

n) o réu, preso e na delegacia de polícia, confessa participação em um crime. A defesa pede a exclusão da confissão alegando o privilégio contra auto-incriminação (5.^a Emenda).

o) Um cidadão foi ilegalmente preso e conduzido à Delegacia de Polícia; lá, depois de advertido de seu direito de ficar calado, confessou participação em um crime. A defesa pediu a exclusão da prova por decorrer de uma prisão ilegal; a acusação pediu sua manutenção por ter ela, mesmo sucedendo uma prisão indevida, sido feita voluntariamente após terem os direitos do acusado sido garantidos (as "advertências de Miranda").

p) Polícia invade uma residência, prende seus ocupantes e permanece no local por várias horas até que um mandado de busca e apreensão é obtido, após o qual efetuam a busca e apreendem objetos incriminadores. A defesa pede a exclusão da prova, "manchada" pela invasão de domicílio anterior.

q) O réu, em seu interrogatório judicial, afirmou que nunca comprara, vendera ou possuía qualquer tipo de drogas. A acusação obteve então permissão para apresentar, como prova de estar o réu mentindo, heroína ilegalmente apreendida em sua casa dois anos antes. A defesa pediu, em recurso, a exclusão desta prova.

7.2 Comentários e solução dos casos práticos

a) Por alguns anos a Suprema Corte considerou que uma busca e apreensão infringiria os direitos constitucionais assegurados pela 4.^a Emenda se houvesse uma ação física em “uma área constitucionalmente protegida”; e estas áreas seriam aquelas enumeradas na própria 4.^a Emenda: “pessoas” incluindo seus corpos (“Schmerber v. U.S.”, 1961) e roupas que estivessem utilizando (“Beck v. Ohio”, 1964); “casas”, incluindo apartamentos (“Clinton v. Virginia”, 1964), quartos de hotel (“Stoner v. California”, 1964), garagens (“Taylor v. U.S.”, 192), escritórios profissionais ou comerciais (“U.S. v. Lefkowitz”, 1932); “papéis”, tais como cartas (“Ex part Jackson”, 1877); e “posses”, tais como automóveis (“Preston v. U.S.”, 1964). No caso em tela (“Katz v. U.S.”, 1967) a Corte recusou-se a caracterizar o ponto em discussão no saber se uma cabine de telefone público é uma área constitucionalmente protegida na qual a pessoa tem direito de privacidade. Embora a 4.^a Emenda “proteja a privacidade individual contra certos tipos de intromissão governamental, (...) sua proteção vai mais além, e freqüentemente nada tem a haver com qualquer tipo de privacidade”, enquanto outros aspectos da privacidade são protegidos por outras provisões da Constituição ou deixadas para a lei estadual. No entender da Corte, tentar verificar se um determinado local é ou não protegido “desvia a atenção” do problema: “Porque a 4.^a Emenda protege pessoas, não lugares. O que alguém conscientemente expõe ao público, ainda que em sua própria casa ou escritório, não é objeto da proteção da 4.^a Emenda (...) Mas o que ela tenta preservar como privado, mesmo em uma área acessível ao público, pode ser constitucionalmente protegido.” Considerou-se então “claro que o alcance da Emenda não pode ser

visto sob o ângulo da presença ou ausência de uma intromissão física em um determinado lugar”, e que ao contrário o ponto crítico, justificativo de que esta atividade (escuta eletrônica) equivalia a uma busca, era que “uma pessoa em uma cabine telefônica ... quando a ocupa, fecha a porta atrás de si e paga a tarifa que lhe permite fazer uma chamada está certamente autorizado a pressupor que as palavras que disser no bocal do aparelho não serão irradiadas para o mundo.”

O Ministro Harlan, nesse caso e em voto vencedor elaborou este ponto na linguagem freqüentemente utilizada pelas Varas e Tribunais inferiores na interpretação e aplicação de “Katz” “Como diz a Corte, ‘a 4.^a Emenda protege pessoas, não lugares’. A questão, entretanto, é qual proteção ela confere a estas pessoas. Geralmente, como aqui, a resposta incluirá referência a um ‘lugar’. Meu entendimento desta regra que decorre de decisões anteriores é termos aqui um duplo requisito, primeiro que a pessoa tenha exibido uma expectativa real (subjetiva) de privacidade e, segundo, que tal expectativa seja uma que a sociedade possa reconhecer como “razoável”. Assim, a casa de um homem é, para a maioria dos casos, um lugar onde ele espera privacidade, mas objetos, atividades ou coisas que ele expõe à vista (*plain view*) de estranhos não são protegidas porque não demonstrou ele qualquer intenção de conservá-los para si mesmo. Por outro lado, conversações em local aberto (*in the open*) não estão protegidas se forem ouvidas porque a expectativa de privacidade, nas circunstâncias, seria desarrazoada.”

“Katz” é uma decisão extremamente importante porque marca uma tentativa de redefinição da abrangência da 4.^a Emenda, embora os dois requisitos mencionados por Harlan deixem, em determinados casos concretos, alguma perplexidade. Propõe que determinadas expectativas de privacidade sejam con-

trapostas à conduta policial como técnica de repressão ao crime. Assim, a questão mais importante em "Katz" é uma questão de valor, pois, se uma determinada forma de conduta policial for admitida sem qualquer regulamentação ou sem qualquer restrição constitucional, a privacidade e a liberdade remanescentes para as pessoas poderão diminuir para uma extensão inconsistente com os anseios de uma sociedade livre e aberta.

No Brasil a gravação, provavelmente, seria admitida como prova com base no princípio da veracidade da prova (item 3.3, retro), somada à jurisprudência de que as nulidades do inquérito não contaminam o processo. Agora, frente a dois dispositivos constitucionais expressos (a proteção à privacidade e a inadmissibilidade da prova ilícita), a discussão precisará ser feita em outros termos, e sob novas luzes. Lembro que, seguindo a posição de que tais dispositivos se voltam principalmente contra condutas policiais ilícitas, deverão os Tribunais sopesar não apenas a privacidade em si, mas também se, naquelas circunstâncias, seria possível à Polícia ter obtido a necessária autorização judicial.

b) Trata-se de um desdobramento de "Katz", mencionado no voto do Ministro Harlan para explicar o segundo requisito por ele indicado (que a expectativa de privacidade seja justificada); não se trata de saber-se, estatisticamente, se em determinado momento e lugar havia mais ou menos probabilidade de uma conversa ser ouvida. No exemplo dado, concluiu o Ministro que o testemunho do policial não poderia nunca ser excluído por alegada violação a seus direitos [dos réus] segundo a 4.^a Emenda.

Assim, para uma expectativa ser considerada "justificada" não é suficiente ser ela apenas razoável; é preciso algo mais. Este "algo mais", disse o mesmo Ministro em outro caso ("U.S. v. White", 1971, em voto vencido), deve ser encontrado no balanço entre a natureza da

prática em questão e seu provável impacto na sensação de segurança do indivíduo. Trata-se, como já dito neste estudo, de uma questão de valor; não se pode permitir que determinadas condutas policiais sejam aceitas sem questionamento e sem exame dos requisitos constitucionais, para que a liberdade e privacidade restante para os cidadãos não sejam diminuídas até um limite inadmissível.

c) Mais de 50 anos atrás ("U.S. v. Lee", 1927) a Suprema Corte decidiu que o uso de um farol por um barco da Guarda Costeira para examinar o que estava no convés de uma escuna não constituía uma "busca", nem implicava violação de qualquer garantia da 4.^a Emenda. Este julgado ("Lee") foi mencionado com aprovação em "Katz" e fez uma aproximação entre o uso do farol ao uso de binóculos; após "Katz" vem a Corte concluindo que o uso de binóculos, por si só, não constitui uma busca e não significa uma intromissão em qualquer justa expectativa de privacidade; a prova (caso sob análise) não seria excluída. Tal posição comporta temperamento; ilustrativo seria o uso de um telescópio super-potente para observar de considerável distância as ocorrências dentro de um prédio (incluindo o conteúdo de documentos lá sendo lidos) quando a localização do prédio impediria a visão interna de qualquer outro ponto mais próximo. Do mesmo modo, tem a Corte considerado que o uso de cães especialmente treinados para detecção de drogas dentro de malas não constitui uma "busca" no sentido da 4.^a Emenda, nem invade a privacidade do seu detentor, pois a especial habilidade destes animais não expõe nem ao público, nem à polícia, nada além dos narcóticos.

Não há casos na jurisprudência brasileira.

d) Quanto à primeira parte (retirada e posterior análise de pintura aderida à lataria exterior do veículo) concluiu-se

não haver qualquer expectativa de privacidade violada ("Cardwell v. Lewis", 1974). A apreensão do objeto à vista é igualmente legal, uma vez não poder alguém alegar justificada expectativa de privacidade em relação a um objeto exposto (*plain view*, "Coolidge v. New Hampshire", 1971). Já o exame do conteúdo da maleta acarreta análise mais complexa; há jurisprudência autorizando a busca em pertences pessoais quando decorrente (a busca) de uma prisão, em relação aos objetos ao alcance do suspeito ("Chimel v. California", 1969); após discussão em diversos casos sobre os efeitos desta regra quanto aos objetos contidos em recipientes fechados, parece a Corte inclinar-se ("New York v. Belton", 1981) por uma mais ampla regra autorizadora da busca que sucede à prisão, incluindo recipientes fechados, mesmo sem prévios indícios de que o réu poderia dele lançar mão, ou que o mesmo contivesse provas ou armas.

e) Trata-se dos denominados "falsos amigos", como decidido nos casos "U.S. v. White" (1971), "Hoffa v. U.S." (1966) e "Lopez v. U.S." (1963). afirmou a Corte que a 4.^a Emenda não protege quem voluntariamente confidencia seus erros e condutas a outrem.

Há um caso no Brasil, mas em sentido oposto (item 3.3, retro). O STF (RTJ 110/798, 1984, Rel. Rafael Mayer, RE 100.094-PR, 1.^a Turma) considerou inadmissível em processo civil gravação em fita "cassete" de conversa telefônica atribuída ao impetrante (tratava-se de mandado de segurança) com o advogado dos embargados, por infringir direito da personalidade e ser moralmente ilegítima, citando caso anterior in RTJ 84/609. No meu entender a questão não foi bem examinada e o precedente não se ajustava à nova hipótese, ficando sem explicação os seguintes pontos: (a) assim como a carta enviada passa a pertencer ao destinatário, também a conversa ouvida passa a integrar o conhecimento próprio do

interlocutor não havendo princípio legal que impeça este de depor "sobre o que sabe"; (b) aquele que voluntariamente expõe seus segredos a outrem abre mão de sua privacidade em relação a eles, não podendo interferir com o uso que o outro deles fizer salvo expressa combinação em contrário; (c) o precedente citado referia-se não a uma gravação feita pelo próprio interlocutor, mas a uma interceptação feita pelo marido de conversa telefônica entre sua esposa e terceira pessoa; no caso analisado não houve "interceptação", mas simples gravação pelo interlocutor e se este podia, validamente, depor sobre o que ouviu não se vê porque a mesma conversa não poderia ser apresentada em fita gravada. Não vejo, assim, nem melhor discussão, nem melhor análise, de tema de tal magnitude.

f) Trata-se da aferição da justa causa para expedição de mandados de busca e apreensão; embora não possa ela basear-se exclusivamente na possível boa-fé do policial que faz a solicitação e apresenta declaração assinada descrevendo as investigações e inferências feitas ("Beck v. Ohio", 1964), ao lado de alguma comprovação objetiva a Corte tem afirmado ("U.S. v. Ortiz", 1975) admitir-se que policiais, validamente, extraíam inferências razoáveis dos fatos à luz de seu conhecimento da área e de sua experiência anterior com contrabandistas e estrangeiros.

Não há casos, na nossa jurisprudência, tratando especificamente do tipo e quantidade de prova necessários à prova da justa causa para mandados deste tipo. Pode-se dizer, no entanto, com base na experiência com tal tipo de problema, que a tendência será exigir uma prova de algum modo objetiva, que extravase a simples convicção do policial; em outra hipótese, o Juiz poderia estar substituindo sua livre apreciação dos fatos pelas inferências e análises que deles faz o policial.

g) Trata-se da mesma aferição retro, mas agora com base não apenas no

conhecimento pessoal do policial (que pode, como visto, em certos casos servir de base ao mandado) mas sim em informações de terceiros. Como dito em "Aguilar v. Texas" (1964) a declaração apresentada não preenchia os requisitos; fixou-se então que os elementos apresentados deveriam ser submetidos a um duplo teste: (a) o magistrado deve ser informado das circunstâncias a partir das quais o informante concluiu que o narcótico estava onde disse estar; e (b) o policial deve indicar de onde conclui que tal informante (cuja identidade não precisa ser indicada) é digno de crédito, e que sua informação é confiável.

A Corte mais tarde ("Illinois v. Gates", 1983) abrandou a rigidez desse duplo requisito de "Aguilar"; embora lembrando sua correção, preferiu abandonar a jurisprudência em questão em favor de uma análise das circunstâncias totais; como dito então, os dois requisitos não devem ter análise separada (como previsto em "Aguilar") mas sim em conjunto, pois o que falta em um pode sobrar no outro. Esta mudança de orientação tem sido criticada e não há ainda informações seguras sobre as consequências jurisprudenciais, e para o trabalho policial, das afirmações em "Gates".

h) Em "Chimel v. California" (1969) afirmou a Corte que quando se faz uma prisão "é razoável que o policial reviste o preso para remover qualquer arma que possa trazer e usar para resistir ou fugir" e também "para procurar e apreender qualquer prova (relacionada com atividade criminosa) existente com o preso para evitar seja ela escondida ou destruída". Mais tarde, em "U.S. v. Robinson" e "Gustafson v. Florida" (ambos de 1973) deixou certo que esta busca incidente à prisão decorre automaticamente da prisão legal e não depende de, no caso concreto, haver indícios de que o acusado porte armas, ou traga provas úteis em apuração criminal. Como dito em "Robinson" (após modificar entendi-

mento do Tribunal de Apelação que considerou inconstitucional a busca em questão):

"A decisão tomada pelo policial sobre como e onde revistar um suspeito que prende é necessariamente um julgamento rápido, feito no local, que a 4.^a Emenda não exige seja analisada em cada uma de suas partes. A autoridade para revistar após a prisão legal, embora baseada na necessidade de desarmar e descobrir provas, não depende de prever-se (no local) a futura apreciação de um Juiz sobre o grau de probabilidade de serem as armas e as provas, em determinado caso, possivelmente encontradas com o suspeito. Uma prisão, mesmo sem mandado, baseada em justa causa é uma intrusão razoável sob a 4.^a Emenda; esta intrusão sendo legal, a busca não exige justificação adicional (...)."

Os votos vencidos mencionaram riscos nesta permissão incondicionada; assim, impossível por falta de justa causa obter-se um mandado de busca e apreensão, poderiam os policiais valer-se de uma detenção por alguma infração de trânsito para efetuar uma busca na pessoa e no veículo de outro modo inadmissível. Torna-se necessário (o que a maioria em "Robinson" disse deixar "para outro caso") definir melhor determinadas situações, incluindo a exclusão de provas quando se provar que a detenção ou prisão foram meros pretextos para a busca procedida.

i) No sistema norte-americano a prisão pode ser feita tanto em flagrante, como a qualquer momento quando o policial justificadamente definir a materialidade e autoria de um crime, mesmo sem mandado judicial. A Suprema Corte ("Payton v. New York", 1980) concluiu que tal prisão sem mandado, se pode ser feita em locais abertos, não permite ao policial entrar sem consentimento na casa de alguém, ainda que do próprio suspeito. O mandado necessário para a entrada forçada pode ser apenas o

mandado de prisão, não sendo exigível um mandado de busca, ou de arrombamento; como dito então ("Payton"):

"É verdade que um mandado de prisão (no aspecto) traz menor proteção que um mandado de busca, mas é suficiente interpor a apreciação do Magistrado sobre a existência de justa causa para prisão entre o zeloso policial e o cidadão. Se há indícios suficientes da participação de um cidadão em uma *felony* (crimes mais graves) para persuadirem o Juiz que sua prisão é justificável, é constitucionalmente razoável que o mesmo abra sua casa para os agentes da lei. Assim, nos limites da 4.^a Emenda, um mandado de prisão fundado em justa causa implicitamente acarreta limitada permissão para entrar em uma habitação ou prédio no qual o suspeito mora sempre que houver motivo para crer esteja o suspeito dentro."

A dedução sobre estar o réu, ou não, em sua casa, pode ser feita pelo próprio policial, independente de demonstrar especificamente as bases para tal dedução (é sempre uma presunção de que a própria residência pode servir de esconderijo). Para entrar compulsoriamente em residência de terceiros, no entanto, deve o interessado demonstrar ao Juiz porque assim conclui, e o mandado de prisão deve especificar tal circunstância (como dito em "Steagald v. U.S.", 1981).

Admite-se a entrada forçada, mesmo sem mandado, se presentes determinadas circunstâncias ("Dorman v. U.S.", 1970, Tribunal Federal para o Distrito de Columbia): (a) se se trata de um crime grave; (b) se há razoável suspeita de estar o suspeito armado; (c) se há uma clara justa causa de ser o suspeito o autor do crime; (d) se há fortes razões para crer que o suspeito está no prédio; (e) se há fortes indícios de que o suspeito poderá fugir se não for rapidamente preso; (f) se a entrada do policial é feita de modo pacífico e (g) se é feita à noite (apesar de ser mais intrusiva, é período em que um mandado dificilmente seria obtido).

A Suprema Corte, embora recusando-se a expressamente aprovar "todos os fatores" delineados em "Dorman", deu grande relevo ("Welsh v. Wisconsin", 1984) ao primeiro deles.

Não encontrei jurisprudência brasileira específica sobre o tema. Se, por um lado, salvo o flagrante toda prisão depende de mandado judicial (ao contrário dos Estados Unidos), não se discutiu se tal mandado implica ou não na autorização para entrada compulsória em caso do réu ou de terceiros. A "visão de resultado", mencionada no item 5.4 retro, já seria suficiente para afirmar que sim; mas a seu favor existe ainda a obrigação legal de ninguém se opor às diligências legais.

j) A hipótese foi apreciada em "Vale v. Louisiana" (1970) tendo a Corte concluído que, não havendo *exigent circumstances*, não havendo perigo de destruição da droga (a casa estaria vazia), e sendo possível a obtenção de um mandado de busca, a apreensão foi ilegal. Tal posição, no entanto, sofreu severas críticas e não vem sendo aceita pelos Tribunais inferiores, que tem formulado tais restrições em termos mais amplos, admitindo maior autonomia à Polícia na apreciação dos perigos (destruição ou desaparecimento daquilo procurado) que a demora na obtenção do mandado acarretaria. Tal posição, mais larga, foi de certo modo disciplinada em "United States v. Rubin" (Tribunal Federal do 3.^o Circuito, 1973), que formulou os seguintes requisitos para uma busca deste tipo: (1) o grau de urgência na busca e o tempo necessário para obter-se o mandado; (2) crença razoável de que os objetos poderão ser removidos; (3) o possível perigo para os policiais que permanecerem guardando o local enquanto se solicita o mandado de busca; (4) provas ou indícios de que os possuidores ou donos dos objetos sabem estar a polícia em seu encalço; e (5) a destrutibilidade dos objetos e o conhecimento de que "tentativas para destruir

ou remover narcóticos, e para fugir, são comportamentos característicos de pessoas envolvidas no narcotráfico (a hipótese era de tráfico de entorpecentes)".

No Brasil a apreensão seria, ao que tudo indica, considerada legal sob a afirmação de que a posse de entorpecente, sendo crime permanente, acarreta sempre o estado de flagrância e permite a intromissão policial. Cabe, ao meu ver, uma distinção que não vi feita: quando a Constituição afirma a inviolabilidade do domicílio (afirmação primária) "salvo em caso de incêndio, desastre, ocorrência de crime" (exceções) só pode estar permitindo a entrada compulsória e desautorizada pelo morador se tais fatos estiverem ocorrendo no momento, e não houver tempo hábil para as providências normais. Ninguém discutiria a validade da entrada forçada para evitar um crime que se está por cometer (um homicídio, interromper um seqüestro etc), mas não se pode estender tal dispositivo a situações passivas que possam caracterizar delito, em que a demora na obtenção do mandado não trará prejuízo nem perigo; assim são os casos de apreensão de objetos furtados, de tóxicos etc. em que os mesmos ficam guardados na casa, e em que a conduta do possuidor o mais das vezes é normal, não estando necessariamente na prática de conduta criminosa além da simples posse do material.

1) Vinha-se entendendo, na esteira da *common law*, que infrações à liberdade de alguém configuraria (se legal) uma prisão, e somente com justa causa poderiam os agentes policiais deter pessoas, ainda que por breves períodos (uma parada na rua poderia ser considerada uma prisão). Desde "Terry v. Ohio" (1968), no entanto, estabeleceu-se que (a) uma parada pode não ser considerada uma prisão ou detenção, não estando assim sujeita às restrições da 4.^a Emenda (mandado, justa causa etc); e (b) a ação policial que seja limitada em sua intro-

missão sobre o indivíduo ou suas coisas pode ser admitida sob os termos da 4.^a Emenda, mesmo na ausência de justa causa tradicionalmente exigida para a prisão. A distinção de tratar-se de uma simples parada para revista ou de uma efetiva detenção é às vezes difícil; e às vezes as duas se sucedem, como ocorreu em "Terry": suspeitando dos indivíduos o policial os parou e revistou-os; encontrando armas, e havendo suspeito da futura prática de um roubo à loja, prendeu-os.

A Suprema Corte deixou certo que cada caso deverá ser analisado em seus fatos. Como disso nessa decisão:

"Cada caso deste tipo será, naturalmente, decidido nos termos de seus fatos. Nós apenas consideramos hoje que quando um policial observa conduta anormal a qual razoavelmente o faz concluir à luz de sua experiência que uma atividade criminosa pode estar em andamento e que as pessoas com quem está tratando podem estar armadas e serem perigosas, quando investigando esse comportamento ele se identifica como policial e faz perguntas razoáveis, e nada nesse encontro inicial dissipa sua preocupação pela própria segurança e pela segurança de outros, está ele autorizado para sua própria proteção e para proteção de outras pessoas na área a realizar uma busca cuidadosamente limitada nas vestimentas exteriores dessa pessoa na tentativa de descobrir armas que possam feri-lo.

"Esta busca é razoável sob a 4.^a Emenda e quaisquer armas apreendidas podem ser apresentadas como prova contra a pessoa de quem foram tiradas."

Tal conclusão foi depois estendida a casos de revistas após informação de terceiros (a suspeita, aqui, não provem de observação direta do policial, mas de informação de terceiros) ("Adams v. Williams", 1972). Três são as contribuições de "Terry" ao entendimento da 4.^a Emenda: (1) a Corte definiu que tal conduta implica em busca e apreensão,

como definido na 4.^a Emenda, eliminando outras denominações e definições que a Polícia lhe atribuíra; (2) deu alguma direção na análise de práticas governamentais mais raras, qual seja o confronto entre o grau de intromissão da conduta e a possível violação da privacidade; e (3) garantiu, sob a Constituição, a ação policial dentro de determinadas linhas, contra a opinião de grupos sociais que forçavam a completa abolição dessa prática sob argumento de que tem sido usada para humilhar minorias sociais e raciais.

m) Decidiu a Suprema Corte que a autorização para interceptação de comunicação telefônica ou oral pode incluir, implicitamente, autorização para a entrada clandestina no local onde o equipamento eletrônico de interceptação vai ser instalado ("Dalia v. U.S.", 1979), até porque a maioria dos casos desse tipo envolvem tais movimentos clandestinos. A autorização para tais entradas não precisava vir expressa no mandado, pois não cabe ao Juiz indicar precisamente a forma como o mesmo vai ser cumprido. Os quatro votos vencidos afirmaram que tais entradas "implicavam em uma busca por si mesmas, uma invasão de privacidade de significado constitucional distinto daquela que implica em vigilância não-invasiva".

n) A questão envolve o privilégio contra a auto-incriminação da 5.^a Emenda e sua redação sugere que se aplica somente a declarações sob compromisso, normalmente em procedimentos judiciais; não alcançaria, assim, declarações prestadas de outra forma. No entanto, após alguns anos nessa linha, a Suprema Corte ("Braun v. U.S.", 1897) afirmou que o privilégio da 5.^a Emenda abrange toda e qualquer confissão não-voluntária, ainda que feita extrajudicialmente. Tal entendimento foi estendido aos Estados em 1964 ("Malloy v. Hogan") e maior sustentáculo ao privilégio foi dado em "Escobedo v. Illinois" (1964). A questão foi definitivamente aclarada no famoso caso

"Miranda v. Arizona" (1966), quando se afirmou que o privilégio tem integral aplicação na fase policial. Nesta decisão, tomada por maioria de 5-4, foram examinadas as práticas policiais correntes e concluiu a Corte, a partir dos diversos jogos psicológicos e estratégias verificados, que mesmo sem recorrer-se à brutalidade "o simples fato do interrogatório quando em custódia extrai um pesado tributo da liberdade individual e vive da fraqueza dos indivíduos"; e após examinar os fatos do processo, mesmo não havendo prova de ter a confissão sido feita involuntariamente (ou compulsoriamente) na definição tradicional, tais declarações foram obtidas sob circunstâncias nas quais "a potencialidade da coerção é por demais aparente". Nesse caso o réu foi interrogado por policiais que não o avisaram de que podia permanecer calado, nem de qualquer modo lhe asseguraram a opção de declarar apenas como um resultado de sua livre vontade. Concluiu a Corte que "se adequados instrumentos de proteção não forem empregados para dissipar a coerção inerente ao ambiente onde pessoas são mantidas sob custódia, nenhuma declaração obtida do réu pode verdadeiramente ser o produto de sua livre vontade".

A Suprema Corte fixou então regras que poderiam garantir tal livre vontade e a garantia constitucional da 5.^a Emenda, e podem elas ser assim resumidas: (1) tais regras são necessárias para garantir o privilégio contra a auto-incriminação e devem ser seguidas na ausência de outros procedimentos mais eficientes em assegurar aos acusados seu direito a ficar em silêncio e em assegurar uma permanente oportunidade para isso; (2) as regras se aplicam quando o indivíduo é primeiramente submetido a interrogatório policial "enquanto sob custódia ou de qualquer forma privado de sua liberdade de ir-e-vir em qualquer forma significativa", e não para perguntas em

outros locais sobre os fatos relacionados com um crime, ou qualquer outro questionamento de cidadãos no trabalho investigativo, nem se aplica para declarações voluntárias, de qualquer tipo; (3) independente de prévia e pessoal ciência de seus direitos, se uma pessoa sob custódia deve ser interrogada "deve ela primeiro ser informada em termos claros e inequívocos de seu direito de permanecer calada" de modo que o ignorante saiba de seu direito e de modo a diminuir a pressão do ambiente em que o interrogatório é feito; (4) Tal aviso deve ser acompanhado "da explicação de que tudo que for dito poderá ser e será usado contra o indivíduo no processo", de modo a deixar certo ao acusado as consequências de sua renúncia ao privilégio; (5) por ser também indispensável, o indivíduo "deve ser claramente informado que tem o direito de consultar um advogado e tê-lo presente durante o interrogatório", ainda que o suspeito aparente já ter conhecimento de tal direito; (6) o indivíduo deve ser avisado que, se não puder contratar um advogado, um será indicado para assisti-lo, assim evitando o entendimento de que o direito à defesa só se consumará para os que podem pagar; (7) o indivíduo tem sempre o direito de invocar o privilégio e se o mesmo indica por qualquer maneira, a qualquer tempo, que deseja permanecer calado, o interrogatório deve cessar; do mesmo modo se a qualquer tempo ele indicar que deseja um advogado; (8) se a declaração é obtida sem a assistência de um advogado, cabe à acusação demonstrar que o réu conscientemente renunciou ao privilégio contra a auto-incriminação e ao seu direito a advogado; e esta renúncia não pode ser presumida nem do silêncio do réu, nem de ter a confissão sido eventualmente feita; (9) declarações obtidas com desrespeito a estas regras são inadmissíveis em Juízo, independente de serem confissões,

admissões parciais, inculpadoras ou exculpadoras; e (10) o exercício do privilégio não pode implicar em penalidade, e assim o Promotor não pode "usar em Juízo o fato de ter o réu permanecido em silêncio ou afirmado tal privilégio ante a acusação".

A jurisprudência brasileira tem exigido que as confissões extra-judiciais, se retratadas, sejam suportadas por outras provas; mas raramente tem analisado a forma de sua obtenção. Quando o faz, freqüentemente afirma que a prova vale pela carga de veracidade que contém e que as nulidades do inquérito não contaminam o processo (vide *RT* 468/347, *TACrimSP*, 1974, Rel. Azevedo Franceschini, onde o processo foi considerado válido mesmo havendo menção no acórdão a ter a confissão sido obtida mediante sevícias); há no entanto acórdãos em que apreciação diferente se fez (*RT* 563/334, *TACrimSP*, 1982, Rel. Adauto Suannes, onde se afirmou que interrogatório sem a presença de defensor não é meio de prova; *RT* 597/309, *TACrimSP*, 1985, mesmo Relator, reafirmando o entendimento anterior; *RT* 614/369, *STF*, 1986, 1.ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, dizendo que a jurisprudência do *STF* rejeita, de modo geral, a valia do inquérito policial para por si só justificar a condenação e tem admitido com reservas, quando admite, a confissão extra-judicial como meio de prova se retratada em Juízo).

o) Na análise dos pedidos de exclusão baseados em ilegalidade anterior (os "frutos da árvore venenosa") a Suprema Corte tem tentado contrabalançar a necessidade da prova com os direitos fundamentais; e tem tentado estabelecer critérios que levam em conta a maior ou menor vinculação entre o ato ilegal e a prova posterior, o fato de ter a Polícia outros elementos (sem "mancha") que por si só permitissem o acesso à prova em questão, as circunstâncias de tempo,

espaço e lugar entre os dois fatos. Um desses casos foi “Brown v. Illinois” (1975) em que, depois de ilegalmente detido e conduzido à Delegacia de Polícia o réu foi advertido nos termos de “Miranda”, e duas horas após a prisão prestou ele declarações incriminadoras. A Suprema Corte inicialmente rejeitou a regra do Tribunal de Illinois segundo a qual o cumprimento das regras de “Miranda” (os “Miranda warnings”) quebrava a conexão causal entre a detenção e a confissão. A Corte explicou que o fato de uma declaração ser voluntária sob as regras de “Miranda” não a limpavam da “mancha”, pois se: “as advertências de “Miranda”, por si só, fossem consideradas atenuadoras das manchas de uma detenção ilegal, sem levar em conta o dolo e a voluntariedade na violação da 4.^a Emenda (pela Polícia), o efeito da regra de exclusão seria substancialmente diluído. (...) Todo incentivo para evitar as violações da 4.^a Emenda seria perdido em troca de se fazer as advertências, em efeito, um “remédio para tudo”, e as garantias constitucionais contra buscas e apreensões ilegais poderiam ser reduzidas a uma mera “fórmula de palavras”.

A Corte em “Brown” então recusou-se a adotar uma regra na outra direção, concluindo ao invés que essas questões ‘da mancha’ (a contaminação de uma prova pelo “veneno” de uma ilegalidade anterior) devem ser analisados segundo os fatos de cada caso”. Após ressaltar a importância de analisar-se se a confissão foi ou não voluntária, disse que em caso positivo vários outros fatores deveriam ser considerados: (1) se as advertências de “Miranda” foram feitas (se não, a confissão seria suprimida sem analisar-se a questão da “mancha”); (2) a proximidade temporal entre prisão e confissão; (3) a presença de “circunstâncias incidentais”; e (4) a finalidade e evidência da ilegalidade na conduta policial. Tal

significou que a confissão, em “Brown”, era um fruto envenenado por ter sido obtida apenas duas horas após a prisão sem a presença de qualquer circunstância interveniente (libertação do réu, consulta a um advogado etc), e a prisão fora obviamente ilegal e feita “na esperança de que algo poderia aparecer”.

Não encontrei, na jurisprudência brasileira, nenhuma menção à validade de prova *per se* lícita, mas obtida após e em decorrência de ilegalidade anterior.

p) A hipótese foi analisada em “Segura v. United States” (1984); a alegada “árvore venenosa” teria sido a entrada ilegal no domicílio e ocupação de suas dependências; e a Corte considerou que tal ilegalidade não implicava em supressão da prova obtida com base em mandado de busca. Isto porque o mandado fora concedido com base apenas em provas e indícios obtidos antes da invasão do domicílio, e porque a possibilidade de que não fora a violação a prova teria sido destruída ou ocultada “era mera especulação”. “Ainda mais importante”, a maioria afirmou, “nós recusamos estender a regra de exclusão, que já exige um enorme preço da sociedade e de nosso sistema de justiça, para ainda mais ‘proteger’ a atividade criminal, como os votos vencidos querem que façamos.” Os quatro votos vencidos arguíram que tal conclusão “incentiva afirmativamente intromissões desnecessárias, desarrazoadas e sem mandado anterior em residências” porque a polícia agora sabe que se ilegalmente ocupar prédios com a única finalidade de facilitar a execução futura de um mandado, tal ilegalidade não terá reflexos sobre a prova obtida no cumprimento desse mandado.

q) Há algumas exceções à regra de que provas ilegalmente obtidas não podem ser apresentadas em Juízo. Em “Agnello v. United States” (1925) o réu afirmou, quando inquirido em Juízo, que desconhecia o conteúdo de alguns pacotes que

recebera (tratava-se de acusação de narcóticos) e que nunca havia visto qualquer entorpecente; o Juiz permitiu então que a acusação apresentasse em Juízo uma lata com cocaína ilegalmente apreendida, e excluída do processo. A Suprema Corte modificou tal decisão, dizendo (mencionando "Silverthorne Lumber Co. v. United States", 1920) que a exclusão implicava em que a prova ilegal não seria utilizada para nenhum fim. Aproximadamente trinta anos se passaram até que caso similar, "Walder v. United States" (1954) foi apreciado (o caso de onde tirada a questão sob análise); a Corte admitiu a prova, dizendo que não podia o réu valer-se da regra de exclusão "para prover-se de um escudo contra as contradições de suas mentiras" e, no caso, estava ele apto a negar as acusações sem fazer a importante afirmação de que nunca vira ou possuía qualquer entorpecente. Esta posição, de que provas já excluídas por ilegalidade podem ser apresentadas com a finalidade de contraditar afirmações do réu, ou quando a defesa adota tática que se prevalece disso e "abre a porta" para a introdução da prova, foi reafirmada (com outros detalhes) nos julgamentos de "Harris v. New York" (1971) (5-4), "United States v. Havens" (1980), "Oregon v. Hass" (1975), e outros.

Não há precedentes na jurisprudência brasileira.

8. Conclusões

O presente estudo visa apresentar um quadro comparativo das posições brasileira e norte-americana sobre o tema. Percebe-se que agora, ante a nova realidade constitucional em que a prova ilícita tornou-se expressamente proibida no processo, parte da jurisprudência citada tornou-se desatualizada, e parte precisará ser adaptada aos novos tempos.

Minhas preocupações a respeito foram sendo mencionadas no curso do estudo

e agora, ao seu final, não há muitas respostas a oferecer; apenas perguntas. Será preciso um inteligente e cuidadoso trabalho jurisprudencial para fixar os limites da ação policial e para efetivar esta delicadíssima análise entre a necessidade social (que muitas vezes aconselha a permanência da prova, se veraz, para melhor efetivação do direito no caso concreto) e a necessidade individual (a preservação dos espaços constitucionalmente reservados ao indivíduo). Não são suficientes as noções meramente legais, nem o problema poderá ser enfrentado de modo excessivamente técnico; há o Juiz de abrir-se para o mundo exterior e examinar o que de fato ocorre, adotando posições que garantam a efetividade constitucional sem o que tornar-se-á ela "uma mera fórmula de palavras", sem efetividade prática, e sem a proteção do cidadão que expressamente outorgou.

Este balanço, este contraponto, transpõe em todos os acórdãos da Suprema Corte norte-americana; já em 1897 (!) o tema era objeto de preocupação. Somente consciência e coragem permitem o desenvolvimento de tais garantias individuais ao ponto em que lá chegaram; determinadas posições acarretaram críticas do aparelho estatal e de parte da sociedade. Ainda hoje, quando boa parte dos cidadãos norte-americanos (se não todos) tem consciência dos benefícios que os julgamentos passados lhes trouxeram, surgem inconformismos com o formalismo da proteção ao indivíduo da Suprema Corte; e sensível a isso algumas proteções são alargadas, outras diminuídas, refletindo o estado da sociedade em cada momento. Essa permanente e firme proteção do espírito da Constituição e das liberdades individuais ajudaram a transformar a Suprema Corte dos Estados Unidos em um dos mais poderosos Tribunais do mundo atual.

Dois problemas deverão ser enfrentados, pela jurisprudência, de imediato, tão logo surjam os primeiros casos: (1) os detalhes operacionais para apreciação dos incidentes de exclusão da prova ilícita e (2) a ilicitude decorrente de conduta anterior, aquilo que os norte-americanos tão expressivamente chamam de “frutos da árvore venenosa” (sendo a “árvore venenosa” a conduta ilícita primacial, cujo veneno contamina e mancha todos os seus galhos).

Como dizem os norte-americanos, a excessiva benevolência do sistema jurídico para com as ilegalidades deixa a polícia preguiçosa; é sempre mais fácil invadir, coagir, ameaçar, e torcer para que alguma prova assim lhe caia nas mãos, do que realizar um trabalho investigativo sério. A história jurídica brasileira está cheia desses exemplos: é sempre pelo suspeito que a investigação começa, e somente depois de desancá-lo com métodos pouco ortodoxos, e às vezes obter alguma indicação, é que a investigação e coleta de provas realmente começa. O suspeito, ao invés de investigado, torna-se sócio da polícia e, sabe-se a que custo, fornece-lhe os meios de sua perdição (no dizer daquele brocardo jurídico). Um maior rigor será, creio eu, de benéficos resultados; obrigará a Polícia a rever e aperfeiçoar seus métodos caso perceba a absoluta inutilidade de agir como vem fazendo.

As respostas para as diversas questões serão encontradas com o passar dos tempos; esta Escola, e os Tribunais de São Paulo, poderão e deverão tomar posição de vanguarda no tema. Noto que, como dito no corpo do trabalho, a ilicitude da conduta policial e da prova ainda não constitui “um problema” para a consciência jurídica nacional; não se sabe de casos práticos sob apreciação, nenhum estudo de mais fôlego foi publicado após a edição da CF (e já se vão mais de dois anos). É, ainda, uma disposição adormecida. Tentamos, com este trabalho, acordá-la.

Anexo I — Jurisprudência pesquisada

Os acórdãos abaixo, salvo indicação específica, foram todos publicados na *Revista dos Tribunais*.

001. RT 148/504 — TJSP, 1943, Rel. Amorim Lima — livre apreciação das provas pelo Juiz. Não importa se a autoridade que fez a fiscalização não era a própria, nem se o auto possuía os requisitos legais, nem se o fiscal possuía a necessária habilitação técnica; o conjunto das provas é suficiente para indicar a adulteração (acréscimo de água) do leite.

002. RT 151/540 — TJSP, 1942, Rel. Diogenes do Valle — Caso do Restaurante Chinês — confissão extrajudicial, obtida por métodos psicanalíticos, não corroborada por outras provas, não tem valor probante. Sucessivos interrogatórios. No caso, o acusado foi absolvido do homicídio quádruplo em dois julgamentos pelo Tribunal do Juri. No voto vencido, o Des. Amorim Lima comenta amplamente as provas, e pelo princípio da livre apreciação, propugna pela condenação.

003. RT 159/599 — TJSP, 1945, Rel. Joaquim Sylos Cintra — confissão obtida mediante coação, após ilegalmente preso o réu por oito dias, liberdade logo após confessar o crime. Absolvição. Mandaram apurar as circunstâncias da detenção ilegal.

004. RT 175/523 — TJSP, 1948, Rel. Nelson de Noronha Gustavo — (a) confissão extrajudicial tem o mesmo valor probante da confissão judicial, desde que concorde com o restante da prova; (b) não provada a coação e sendo ela espontânea, prevalece sobre a retratação.

005. RT 175/528 — TJSP, 1948, Rel. Manuel Carlos — confissão policial, ainda que confirmada, precisa ser contraposta às demais provas. Ausência de elementos confirmatórios. Absolvição.

006. RT 161/51 — TJSP, 1945, Rel. Bernardes Jr. — confissão extrajudicial afinada com a prova dos autos prevalece sobre a negativa judicial.

007. RT 180/110 — TJSP, 1949, Rel. Sylos Cintra — réus não demonstraram violência nem grave ameaça. Confissões testemunhadas. Desvalia da retratação judicial.

008. RT 164/488 — TJSP, 1946, Rel. desig. Sylos Cintra — confissão policial apoiada no resto da prova. Validade. Retratação pura e simples, sem indicar elementos de convicção (acusação reincidente), (receptador não encontrado para depor em Juízo).

009. RT 177/97 — TJSP, 1948, Rel. Olavo Lima Guimarães — confissão prestada perante a autoridade policial, desde que clara, precisa e coincidente com outros elementos do processo constitui prova plena, suficiente para a condenação. Nenhuma prova tem em tese maior valor que as outras. Livre convencimento.

010. RT 177/119 — TJSP, 1948, Rel. Smith de Vasconcelos — validade da confissão extrajudicial, se amparada por outras provas.

011. RT 162/71 — TJSP, 1945, Rel. Manuel Carlos — confissão policial com especial efeito probatório em virtude dos fatos e circunstâncias que relata, da própria lógica interna que a estrutura. Objetos encontrados com a pessoa indicada. Condenação.

012. RT 193/139 — TJSP, 1951, Rel. Cantidiano de Almeida — retratação em Juízo não destrói confissões coerentes e de todo adaptáveis à ocorrência. Menciona o mau hábito de depoimentos serem tomados pelo escrivão, sem a presença do delegado.

013. RT 162/64 — TJSP, 1945, Rel. Sylos Cintra — Prevalece confissão feita pelo réu na Polícia quando não se demonstrou ter sido obtida por meios ilegais e quando a retratação feita em Juízo está desacompanhada de explicação satisfatória a respeito dos motivos de sua falsidade.

014. RT 167/531 — TJSP, 1946, Rel. Sylos Cintra — abolido o chamado sistema da "certeza legal". Todos os elementos probatórios tem o mesmo valor, firmando-se o Juiz segundo seu livre convencimento. Prova concludente.

015. RT 151/35 — TJSP, 1944, Seção Criminal, Rel. Ferreira França. O sistema da livre convicção não permite ao Juiz basear-se apenas em hipóteses.

016. RT 164/115 — TJSP, 1945, Rel. Renato Gonçalves. O livre convencimento do art. 157 do CPP deve ser entendido com restrições; deve derivar dos fatos examinados e não somente dos elementos psicológicos oriundos de hipóteses formuladas contra a atuação dos réus. Absolvição.

017. RT 163/578 — TJSP, 1946, Rel. Vasconcelos Leme. Prova dúbia. Absolvição. Comentários sobre a importância do convencimento do Juiz que viu e ouviu a prova, inclusive quanto aos aspectos psicológicos.

018. RT 176/107 — TJSP, 1948, Rel. J. C. de Azevedo Marques. Indícios veementes fazem prova. Condenação.

019. RT 163/530 — TJSP, 1946, Rel. Manoel Carlos. Não é possível estabelecer provas legais ou regras certas para a pronúncia. Não obstante os defeitos que apresentam, os indícios acima apontados apóiam-se reciprocamente; desde que sejam considerados em conjunto indigitam o recorrente como criminoso. A cadeia das conclusões por eles formada não se fecha num elo necessário; mas a mente é levada, mesmo assim, a formar juízo desfavorável ao recorrente.

020. RT 169/76 — TJSP, 1947, Rel. Manoel Carlos. Médico acusado do estupro de uma paciente, quando a mesma estava anestesiada por éter. Absolvição. Para que os indícios possam autorizar a condenação é indispensável o concurso de: (a) que os elementos materiais do crime estejam plenamente provados; (b) que, em recíproco apoio, por forma inequívoca e concludente, incriminem o acusado, importando na exclusão de qualquer hipótese favorável a este.

021. RT 165/598 — TJSP, 1946, Rel. Vasconcelos Leme. Reconhecimento do réu pela vítima. Prescrições do Código não observadas. Crítica ao trabalho policial: nada se aproveita (mas diz que, algo mais se fizera, ainda poder-se-ia aproveitar com indício).

022. RT 176/149 — TJSP, 1948, Seção Criminal, Rel. Nelson Noronha Gustavo. Se é certo que o auto de reconhecimento de fls. dos autos não obedeceu rigorosamente as regras do art. 226 do CPP, nem por isso deixa de constituir precioso elemento probante, corroborando a prova testemunhal e sua própria confissão.

023. RT 165/574 — TJSP, 1946, Rel. Vasconcelos Leme. Retratação em Juízo. Obrigação do Juiz de ouvir as duas testemunhas que assistiram suas declarações. Juiz não é expectador inerte, mas árbitro ativo e enérgico. Falhas comprometem a prova.

024. RT 167/539 — TJSP, 1946, Rel. Sylos Cintra. O inquérito policial é instrução provisória à qual se deve emprestar presunção de veracidade. Cumpre ao réu elidi-la mediante outras provas. Assim uma testemunha que se retrata em Juízo não deve ser crida se não der os motivos da retratação; e motivos aceitáveis, devidamente comprovados.

025. RT 226/92 — TJSP, 1954, Rel. Ferraz Sampaio — confissão policial, se concorde com as outras provas, é válida.

026. RT 224/385 — TJSP, 1954, Rel. Adriano Marrey. Busca e apreensão sem mandado. Validade. Casa de apostas do jogo do bicho, franqueada ao público; não há "casa" a proteger. Formalidades dispensadas.

027. RT 262/415 — TJSP, Câmaras Criminais Conjuntas, 1956, Rel. Itagiba Porto. Busca e apreensão sem mandado em estabelecimento comercial. Diligência permitida. Menciona dispositivo constitucional. Se o conjunto da prova é coerente, não importa que o auto esteja ou não revestido de seus requisitos formais (menciona jurisprudência).

028. RT 241/89 — TJSP, 1955, Rel. Jonas Vilhena. Confissão de ré analfabeta, na Polícia, não tendo as testemunhas da confissão sido ouvidas em Juízo. Ré não alegou violência policial. Validade. Voto vencido: confissão de analfabeta, sem maior comprovação, não pode ser aceita.

029. RT 262/205 — TJSP, 1957, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Thrasybulo de

Albuquerque. Confissão de réu menor, sem curador, na Polícia, assinada por testemunhas (obs: testemunhas da confissão não foram ouvidas em Juízo). Validade. Vide voto vencido.

030. RT 212/99 — TJSP, 1953, Rel. Vasconcelos Leme. Confissão policial, feita em ambiente alheio a qualquer violência ou constrangimento, atestada por testemunhas que a assistiram pode servir de base à condenação, máxime se desarvorada no processo a negativa feita em Juízo.

031. RT 290/99 — TJSP, 1959, Rel. Arruda Sampaio. Confissão extrajudicial, feita por empregado para empregadores. Validade. Alto valor probante, se não invalidada por outras provas.

032. RT 233/458 — TJCeará, 1952, Rel. Olívio Câmara. Juiz pode valorar como entender a confissão policial.

033. RT 242/67 — TJSP, 1955, Rel. Itagiba Porto. Confissão policial pode constituir meio de prova desde que se ajuste a outras provas até então desconhecidas e que, posteriormente, venham a ser por ela confirmadas. Inexistindo essas provas, destituida de valor é aquela, máxime quando retratada em Juízo. (indícios de coação, ao menos psicológica).

034. RT 257/142 — TJSP, 1956, Rel. Fabio de Souza Queiroz. Não se pode condenar com base apenas no inquérito, sem confirmação direta ou indireta em Juízo. No inquérito não puderam as rés se defender. Absolvição.

035. RT 252/376 — TASP, 1956, Rel. Tácito M. Góes Nobre. Contravenção de embriaguez. Entre laudo pericial pró-embriaguez (dosagem alcoólica) e testemunhas (não-embriaguez) prevalecem estas. Absolvição.

036. RT 218/78 — TJSP, 1953, Rel. Paulo Costa. Declaração de co-réu tem valor quando, admitindo sua participação, menciona especificadamente os demais autores.

037. RT 232/451 — TJCE, 1952, Rel. Olívio Câmara. Confissão policial obtida em ambiente de coação, sem outro suporte, retratada em Juízo. Absolvição.

038. RT 277/167 — TJSP, 1958, Rel. Octávio Lacorte. Confissão gravada em disco fonográfico. Validade como prova.

039. RT 280/125 — TJSP, 1958, Rel. Costa Manso. Condenação baseada em prontuário antigo, sem qualquer outro elemento de prova. Absolvição.

040. RT 242/63 — TJSP, 1955, Rel. Itagiba Porto. Omissão de descrição prévia do suspeito, pelo reconhecente, torna inválido o auto de reconhecimento. Absolvição.

041. RT 273/458 — TJSP, 1957, Rel. Adriano Marrey. Irregularidade de, ao invés de reinquirir a testemunha, apenas constar sua ratificação ao que fora declarado na Polícia.

042. RT 311/104 — TJSP, 1961, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. J. B. Arruda Sampaio. "Como acentuou o V. Acórdão embargado o réu não fez a mínima prova de que sua confissão foi criada mediante violência. Essa história de emprego de violência para obter confissão está muito soçada. Já não impressiona ninguém. Mas, como dizia o Min. Costa Manso, o que importa não é saber o modo como foi obtida a confissão. O que importa é saber se a confissão corresponde à realidade."

043. RT 291/631 — TASP, 1959, Rel. Valentim Silva. Confissão extrajudicial aceita no que desfavorece o réu deve ser aceita também naquilo que o favorece.

044. RT 314/75 — TJSP, 1961, Rel. desig. Hoepfner Dutra. Confissão extrajudicial eivada de vícios (acusado menor e Curador não esteve efetivamente presente à confissão, clima de balbúrdia na sala que dificultava até a oitiva do que se lia). Ausência de suporte probatório. Livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas (análise da certeza psicológica e dúvida processual). Voto vencido condenava (estupro).

045. RT 310/357 — TJSP, 1960, Rel. Mendes França. Prova constante do inquérito não pode ser desprezada, mormente nos delitos de furto (clandestino). Confissões extrajudiciais obtidas regularmente e ajustada aos demais elementos dos autos podem ser aceitas (citou jurisprudência). Condenação.

046. RT 311/110 — TJSP, 1960, Rel. Martins Ferreira. Não há qualquer extravagância em admitir-se a prova sonora, gravada.

047. RT 292/441 — TJSP, 1959, Rel. Mendes França. Cita jurisprudência sobre o livre convencimento do Juiz ante elementos contraditórios. Atribui valor probante ao inquérito policial: RT 114/544, 121/73, 36/299, 204/400.

048. RT 300/105 — TJSP, 1960, Rel. S. Queiroz. Reconhecimento policial inválido e malfeito. Autoria não provada. Absolvição.

049. RT 204/400 — TASP, 1952, Rel. Olavo Guimarães. Homicídio culposo. Condenação. Da sentença de Atugasmin Médici Filho: inquérito é elemento probatório importante quando o Juiz conhece o Delegado de Polícia que o orientou e sabe qual sua maneira de agir. Ao acusado é que cabe afastar a presunção, decorrente do inquérito, trazendo elementos de convicção suficientes para se crer na sua inocência.

050. RT 338/469 — TJPR, 1963, Rel. Alceste Macedo (ementário). Confissão feita perante a autoridade policial na presença de duas testemunhas que atestem ter sido espontânea e sem coação prevalece sobre isolada retratação em Juízo.

051. RT 356/293 — TASP, 1964, Rel. Azevedo Franceschini. Afirmção de ter a confissão policial sido extorquida. Confissão coerente com as demais provas. "Eventuais maus tratos impostos ao réu não infirmam valor probante da confissão que os demais elementos de convicção demonstram ter sido veraz".

052. RT 357/123 — TJSP, 1965, Rel. Humberto da Nova, Câmaras Criminais Conjuntas. A realização de vários interrogatórios pela Polícia não constitui constrangimento ilegal. Uso de detector de mentiras não constitui violência, nem ameaça de coação.

053. RT 381/201 — TASP, 1966, Rel. Castro Garms. Furto. Prisão em flagrante. Retratação da confissão não produz efeito por si mesma; deve ser demonstrada, explicando o réu, satisfatoriamente, os seus motivos e a prova destes (citou jurisprudência).

054. RT 392/113 — TJSP, 1967, Rel. Humberto da Nova. Prova não pode ser desprezada apenas porque os depoimentos partiram de policiais. Voto vencido: Retratação judicial. Investigadores de polícia não constituem a melhor prova para comprometer quem nega a acusação. São freqüentes as queixas de coação na Polícia e acusações forjadas.

055. RT 384/255 — TASP, 1967, Rel. Azevedo Jr. Jogo do bicho. Flagrante. Indícios de espancamento não invalidam a confissão, podem apenas ensejar a responsabilização administrativa dos policiais (ver a longa sustentação).

056. RT 390/208 — TJSP, 1968, Rel. Cardoso Filho. Não pode prevalecer prova baseada em depoimentos de policiais, pessoas naturalmente suspeitas de parcialidade (ementário).

057. RT 397/89 — TJSP, 1968, Rel. Maércio Sampaio. Admite-se a validade de depoimento de policiais para embasar condenação, ainda que único. No caso, absolvição.

058. RT 386/84 — TJSP, 1967, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Francis Davis. Distinção entre indícios e presunção.

059. RT 394/282 — TACrimSP, Pleno, 1968, Rel. Azevedo Franceschini. Afirmção do réu de ter confessado após espancado por dois investigadores na porta da fábrica. Confissão coerente com o resto da prova. Não há evidências do espancamento, no momento de sua oitiva. Revisão permite o exame "dos autos", inclusive os de inquérito policial. Presunção de correção de que goza a autoridade pública.

060. RT 388/314 — TACrimSP, 1967, Pleno, Rel. Azevedo Franceschini. Nos processos penais, inclusive nos de natureza judicialiforme, restrição alguma pode *a priori* ser feita aos testemunhos de agentes de autoridade.

061. RT 394/271 — TACrimSP, 1968, Rel. Castro Garms. Depoimentos de policiais. Não há impedimento legal; são às vezes quem mais sabem sobre o crime. Condenação pode neles basear-se.

062. RT 396/309 — TACrimSP, 1968, Rel. Mattos Faria. Negar validade ao depoimento de policiais implicaria em subtrair o mais das vezes a salutar campanha de repressão ao jogo do bicho (citou jurisprudência).

063. RT 392/325 — TACrimSP, 1968, Rel. Mattos Faria. Depoimentos de militares da Força Pública não invalidam o flagrante nem a prova, mas devem ser tomados com reservas. Validade do depoimento de policiais (citou jurisprudência).

064. RT 412/300 — TACrimSP, 1969, Rel. Azevedo Franceschini. Sendo a confissão autêntica, não interessa o que a motivou (no caso, por medo do "Esquadrão da Morte", o próprio réu requeria sua prisão preventiva).

065. RT 418/261 — TACrimSP, 1970, Rel. Toledo de Assunção. Alegação pelo réu de violência policial. Condenação calçada apenas no inquérito afronta garantia constitucional do contraditório (citou jurisprudência).

066. RT 412/278 — TACrimSP, 1969, Rel. Ferreira Prado. Confissão policial. Réus revêis em Juízo, não ouvidos. Na ausência de outros elementos de prova, com reconhecimento dos objetos malfeitos, absolvição. Voto vencido: confissão policial não precisa ser confirmada em Juízo, precisa apenas não ser desmentida.

067. RT 440/368 — TJSP, 1971, Rel. Acácio Rebouças. Diligência (apreensão de maconha) em residência, à noite, por guardas noturnos. Ilegalidade que contamina todo o processo. Revisão criminal deferida (citou jurisprudência). Ver fundamentação.

068. RT 435/365 — TACrimSP, 1971, Rel. Gonçalves Sobrinho. Confissão policial com detalhes e apreensão da *res* em sua casa. Maior liberalidade na apreciação da prova inquisitorial, mormente no furto (citou jurisprudência). Retratação deve ser verossímil, apoiada em outros elementos.

069. RT 440/343 — TJSP, 1972, Rel. Hoepfner Dutra. Prova de ter o réu sido submetido a sevícias brutais, inclusive choque elétrico nos órgãos genitais. Prova da incriminação conseqüentemente suspeita. Absolvição.

070. RT 447/337 — TJSP, 1972, Rel. Milton Coccaro. Prova colhida apenas no inquérito policial, feito por militares, com temporária restrição à liberdade de alguns dos envolvidos. Ofensa ao contraditório. Desvalia dessa prova. Absolvição. Mencionou o ambiente e circunstâncias em que colhida prova.

071. RT 426/363 — TJSP, 1971, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Acácio Rebouças. Apreensão de dois "pacaus" de maconha. Busca domiciliar sem observância de qualquer formalidade, e sem testemunhas. Testemunha detida na viatura. Ato processual, desconforme a lei, sem valor.

072. RT 426/354 — TJSP, 1971, Rel. Adriano Marrey. Apreensão de maconha. Busca e apreensão não formalizada. Invasão de domicílio, à noite, sem consentimento do morador. Menção a direitos constitucionais. Desvalia da prova assim obtida. Absolvição.

073. RT 468/347 — TACrimSP, 1974, Rel. Azevedo Franceschini. Tráfico de entorpecentes. Violação de domicílio sem mandado de busca. Confissão mediante sevícias. Falhas do inquérito não maculam o processo nem a decisão. Considerou ultrapassada jurisprudência in RT 456/416.

074. RT 456/416 — TACrimSP, 1973, Rel. Fernando Prado. Busca e apreensão irregular, sem mandado, em residência. Confissão na polícia e em Juízo. Condenação mantida. Voto vencido, Juiz Onei Raphael: diligência violou domicílio, sem mandado, infringindo garantia fundamental; prova em Juízo dúbia, somente um dos policiais mencionando o encontro da erva; citou jurisprudência.

075. RT 463/428 — STF, 1.ª Turma, 1973, Rel. Aliomar Baleeiro. Réu acusado de crime contra a segurança nacional. Confissão policial quando preso, sob tortura. Menciona desvios da conduta policial e a 5.ª Emenda norte-americana. Suspeição. Acolheu princípio de que "ninguém é o fundamento da própria perdição". Excluída a confissão, manteve a condenação, com atenuante, com base no material apreendido (Acórdão republicado in RT 463/428).

076. RT 466/369 — TACrimSP, 1974, Rel. Silva Leme. Maconha. Condenação baseada somente em depoimentos de policiais. Absolvição. Vide longa fundamentação e jurisprudência.

077. RT 471/350 — TACrimSP, 1974, Rel. Melo Freire. Porte de entorpecente. Flagrante lavrado dois dias após a prisão do réu. Comentários sobre a atividade policial. Suspeição da prova fundada apenas no depoimento de policiais e suas atividades.

078. RT 482/384 — TACrimSP, 1975, Rel. Melo Freire. Apreensão de maconha. Confissão policial retratada em Juízo. Invasão do domicílio às 5h da manhã, sem mandado, indevida por basear-se em mera suspeita. Polícia deve colher a prova, não ser ela mesma a prova. Prova viciada. Absolvição. Voto vencido condenava.

079. RT 471/323 — TJSP, 1974, Rel. Acácio Rebouças. Inobservância dos requisitos formais do reconhecimento (artigo 226 do CPP). Invalidez do reconhecimento feito pela vítima. Absolvição (roubo e estupro).

080. RT 499/409 — STF, 2.ª Turma, 1976, Rel. Cordeiro Guerra. Crime contra a segurança nacional. Confissões extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas. Em Juízo, retratação simples, sem indicar coação ou violência. Vide votos de Xavier de Albuquerque e Leitão de Abreu: retratação não implica em inversão do ônus da prova, mas exige corroboração, pela acusação, dos fatos contidos na confissão extrajudicial.

081. RT 495/349 — TACrimSP, 1976, 3.º Grupo de Câmaras, Rel. Olavo Zampol. Palavras de policiais não podem justificar condenação: ele conesta com o ato praticado, a solução que deu ao caso. Confissão retratada em Juízo, sem outras provas. Absolvição.

082. RT 432/315 — TJSP, 1971, Rel. Hoepfner Dutra. Invasão de domicílio às 3h da manhã. Apreensão de maconha. Confissão policial retratada em Juízo. Prova viciada. Absolvição.

083. RT 402/337 — TJES, 1968, Rel. José Morcef Filho. Retratação em Juízo, sem outros detalhes, não invalida a confissão extrajudicial. Condenação mantida, se aquela está apoiada em outras provas.

084. RT 407/97 — TJSP, 1969, Rel. Octávio Stucchi. Reconhecimento policial malfeito (acusado japonês, não havia qualquer japonês ao seu lado). Reconhecimento não é meio de prova e outros elementos levam à certeza da autoria. Condenação.

085. RT 403/328 — TACrimSP, 1969, Rel. Bonfim Pontes. Curador de réu menor, no interrogatório policial, não pode ser arrolado como testemunha de acusação.

086. RT 488/425 — STF, 1.ª Turma, 1976, Rel. Cunha Peixoto. Simples ratificação, em Juízo, de depoimentos prestados no inquérito ofende o princípio do contraditório. Anulação do processo.

087. RT 530/372 — TACrimSP, 1977, Rel. Silva Franco (ementário). Depoimento de policial deve ser avaliado no conjunto das provas; não está ele impedido de depor.

088. RT 519/384 — TACrimSP, 1978, Rel. Roberto Martins. Réu apresentado à vítima como autor do delito e só depois foi feito o reconhecimento do art. 226 do CPP. Dúvida. Absolvição.

089. RT 535/354 — TAMG, 1979, Rel. Salvio Teixeira. Presume-se a lisura do comportamento policial, salvo prova em contrário do interessado.

090. RT 540/412 — STF, 1.ª Turma, 1980, Rel. Soares Muñoz. Condenação não pode basear-se apenas na prova produzida no inquérito, ainda mais quando controversa. Art. 197 obriga o Juiz a confrontá-la com outras provas.

091. RT 563/342 — TACrimSP, 1982, 3.º Grupo de Câmaras, Rel. Adauto Suannes. Confissão judicial ou extra-judicial só é admissível se o réu tiver previamente conversado com seu defensor.

092. RT 577/388 — TACrimSP, 1983, Rel. Adauto Suannes. Incriminação de co-réu deve sujeitar-se ao princípio do contraditório, com participação dos advogados daqueles. Condenação insubsistente.

093. RT 560/324 — TJSP, 1982, Rel. Prestes Barra. A prova do inquérito que não encontre formal contrariedade em Juízo ou em outros elementos probatórios autoriza a condenação.

094. RT 567/343 — TACrimSP, 1982, Rel. Adauto Suannes. Se a prova judicial não repete aquela colhida inquisitorialmente não pode prevalecer a condenação, em face ao art. 153, § 16.º, da Constituição.

095. RT 563/334 — TACrimSP, 1982, Rel. Adauto Suannes. Interrogatório sem a presença de defensor não é válido como meio de prova.

096. RT 597/309 — TACrimSP, 1985, Rel. Adauto Suannes. Interrogatório judicial não pode ser realizado sem a presença de advogado. Ausentes outras provas, absolvição.

097. RT 609/393 — TAPR, 1985, Rel. Luiz Viel. Se os depoimentos colhidos na instrução corroboram a confissão extrajudicial, insubsistente a retratação em Juízo calçada em alegação não comprovada de sevícias.

098. RT 614/369 — STF, 1.ª Turma, 1986, Rel. Rafael Mayer. A jurisprudência do STF rejeitando, de modo geral, a valia de inquérito policial para justificar, por si só, a condenação sem o resguardo do contraditório tem admitido, com reservas, o valor da confissão extrajudicial, se retratada em Juízo.

099. RT 582/390 — TJRS, 1983, Rel. Ladislau Fernandes Rohnelt (ementário). México. Confissão sem valor se oferecida mediante tortura. Não merece fé o depoimento de policial suspeito de ser o torturador do réu.

100. RT 593/350 — TACrimSP, 1984, Rel. Adauto Suannes. Condenação não pode basear-se em prova anulada. Depoimento de réu, incriminando outro, deve ser colhido em audiência com reperguntas do defensor daquele. Absolvição mantida.

101. *RT 659/76* — TJSP, 1990, Rel. Toledo Cesar. Ação de indenização civil contra o Estado. Em diligência noturna, a vítima se recusou a sair de casa ou dialogar com os policiais. Iniciou-se tiroteio, no qual morreu a vítima, um investigador de polícia, um policial militar e várias pessoas ficaram feridas. Acórdão considerou lícita a conduta policial (a diligência era sem mandado). Ação de indenização improcedente (no caso, considerou-se ser a vítima suspeita de homicídio e, após terem os policiais se identificado (entre 24h e 2h à noite), em diligência sem mandado, de modo pacífico, teria sido ele quem deu início ao tiroteio).

Jurisprudência específica sobre busca e apreensão

102. *RT 363/188* — TASP, 1964, Rel. Aniceto Aliende. Busca e apreensão domiciliar no momento do flagrante pode e deve ser levada a efeito sem mandado "que a lei exige em oportunidades outras, nas diligências de rotina ou nos varejos de menor urgência".

103. *RT 405/289* — TACrimSP, 1969, Rel. Azevedo Jr. Apreensão de material do jogo do bicho em residência. Busca e apreensão considerada regular pela maioria, e irregular pelo voto vencido (diligência sem testemunhas).

104. *RT 405/315* — TACrimSP, 1969, Rel. Francis Davis. Em voto vencido, afirmou que a busca domiciliar sem presença de testemunhas estranhas ao quadro policial não tem validade (esta preliminar não foi acolhida pela maioria).

105. *RT 441/344* — TJSP, 1972, Rel. Carvalho Filho. Busca domiciliar ilegal. "O vício da origem contamina a prova, sacrifica a acusação..."

106. *RT 454/400* — TACrimSP, 1972, Rel. Ferreira Leite. Tóxico. Condenação mantida, sem apreciar a regularidade da diligência. Voto vencido, Toledo de Assunção: busca e apreensão ao arrepio da lei, infringindo garantia constitucional. Busca domiciliar, se desacompanhada da autoridade, exige mandado e atendimento às formalidades do art. 241 do CPP. Consentimento da mulher do réu não supre a falta do mandado (citou jurisprudência).

107. *RT 453/421* — TACrimSP, 1973, Rel. Azevedo Franceschini. Tóxicos. Diligência policial de madrugada, sem mandado e sem a presença da autoridade. Desnecessidade de mandado para penetrar em casa e prender quem está praticando crime permanente (vide ementas).

108. *RT 454/368* — TJSP, 1973, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Alves Braga. Tóxico. Busca e apreensão sem violação do domicílio, sem lavratura de auto, sem qualquer formalidade. Ofensa à Constituição.

109. *RT 452/402* — TACrimSP, 1972, Rel. Azevedo Jr. Delegado pode apreender objetos adquiridos, frutos do crime. Não se demonstrou coação policial. Bens oferecidos para apreensão pelo indiciado. Voto vencido, Juiz Rezende Junqueira: apreensão ocorreu quando indiciado estava preso e incomunicável, extravasa o permitido pelo art. 6.º do CPP; era necessário mandado assinado pela autoridade competente (citou *RT 442/386*).

110. *RT 459/303* — TJSP, 1973, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Tomaz Rodrigues. Prisão não foi efetuada "logo depois" e é ilegal. Cheque foi apreendido em busca noturna, sem mandado e sem prévio consentimento do morador. Já estava praticada a coação ao entrarem no domicílio. Voto vencido, Denser de Sá: era estado de quase-flagrância; policiais não invadiram o apartamento, ficaram na porta. Voto vencido, Alves Braga: quase-flagrância; não houve busca domiciliar, apenas diligência policial.

111. *RT 472/364* — TACrimSP, 1975, Rel. Xavier Homrich. Entorpecente. Busca domiciliar. Estando os policiais acompanhados da autoridade policial era desnecessária a expedição de mandado. De qualquer modo, em delito de entorpecente a entrada em residência em qualquer hora é legal (citou *RT 424/337* e *453/421*). Irregularidade da diligência não contamina a prova.

112. *RT 512/243* — TJMG, 1977, Rel. Monteiro de Barros. Jogo do bicho. Busca e apreensão determinada pela autoridade policial em casa de comércio. Validade. Ausência de mandado. Proteção é da residência, não do

estabelecimento comercial. Abuso na apreensão de outros objetos. Citou *RTJ* 74/882 e *RT* 474/330.

113. *RT* 538/379 — TACrimSP, 1978, Rel. Gentil Leite. Busca e apreensão realizada pessoalmente pela autoridade dispensa a prévia expedição de mandado.

114. *RT* 552/313 — TJSP, 1981, Rel. Geraldo Gomes. Tóxico (art. 12). Busca com mandado, sem a presença da autoridade policial. Admite-se, nos crimes permanentes, a busca sem mandado; ademais, se na casa se faz tráfico desviou-se esta de sua finalidade (citou *RT* 532/365).

115. *RT* 570/314 — TJSP, 1982, Rel. Geraldo Gomes (ementário). Tráfico de entorpecente. Busca sem mandado. Havendo desvirtuamento da morada do réu para a prática de crime, não usufrui da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio; torna-se local de acesso praticamente público.

116. *RT* 567/326 — TACrimSP, 1982, Rel. Silva Franco. Jogo do bicho. Busca e apreensão irregular. Delegado não assinou qualquer auto nem papel. Não se fez relatório da diligência. Infração ao art. 247 do CPP. A não lavratura do auto circunstanciado contamina a prova. Absolvição.

117. *RT* 565/341 — TACrimSP, 1981, Rel. Fernandes Rama. Excesso desnecessário na busca e apreensão constitui ilegalidade.

118. *RT* 579/348 — TACrimSP, 1983, Rel. Albano Nogueira. Jogo do bicho. A ilegalidade da busca e apreensão domiciliar, por si só, prejudica, irreparavelmente, a ação penal, independente da veracidade da acusação. O Estado não pode violar a lei.

119. *RT* 586/333 — TACrimSP, 1984, Rel. Adauto Suannes. Não basta que a autoridade policial expeça mandado de busca e apreensão domiciliar para que a diligência se tenha por legal. É necessário que aquela autoridade justifique, com elementos objetivos, a existência de suspeita a respeito dos moradores da casa a ser vistoriada. Resistência ao mandado não configurada. Justa causa não provada nem antes, nem depois, da diligência.

120. *RT* 424/337 — TJSP, 1970, Rel. Hoeppner Dutra. Tráfico de entorpecente. Diligência noturna e sem mandado. Delito de natureza permanente a permitir a entrada e apreensão a qualquer hora do dia ou da noite. Irregularidades na entrada e na apreensão acarretam responsabilidade administrativa, não a desconsideração da prova. No caso, houve permissão da esposa do réu.

121. *RT* 441/377 — TJSP, 1972, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. Silva Leme. Tráfico de maconha. Apreensão em cômodo de hospedaria, quando o réu estava preso. Não pode ser aceita como prova apreensão em diligência ao arrepio da lei e da Constituição. Citou jurisprudência. As irregularidades foram praticadas a mando de Sérgio Fleury e "Fininho"; prova viciosa e suspeita.

122. *RT* 468/347 — TACrimSP, 1974, Rel. Azevedo Franceschini. Tráfico de entorpecentes. Eventual desrespeito à forma, quando da apreensão, acarreta responsabilidade administrativa dos agentes mas não a desconsideração da prova obtida. Deu como ultrapassada jurisprudência contrária.

123. *RT* 442/386 — TJSP, 1972, Rel. Acácio Rebouças. Posse de entorpecente. Diligência contra estabelecimento comercial. A autoridade policial não tem o direito de vilipendiar o cidadão, tem de respeitar-lhe os direitos e as garantias individuais. Não pode fazer diligências ao arrepio das formalidades processuais. Por maiores que fossem os resultados obtidos, a ilegalidade do procedimento os aniquila *ab ovo*. Diligência ilegal não fornece prova que a Justiça aceite. O apelado estava absolvido mesmo antes de ser acusado.

124. *RT* 532/365 — TACrimSP, 1978, Rel. Goulart Sobrinho. A casa goza de proteção enquanto não desfigurada sua condição de lar ou recesso. Transformada em cassino (...) e outros fins ilícitos é irretorquível a perda da garantia constitucional (citou jurisprudência).

125. *RT* 620/151 — 2.º TACSP, 1987, Rel. Batista Lopes. Gravação em fita de conversa telefônica da própria parte. Agravo visando excluí-la do processo. Não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas

partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em Juízo, a teor do art. 383 do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte.

Anexo II — Bibliografia

- BARROS, Adherbal de. *A Investigação Criminosa da Prova*, RT 504/288 (1977).
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (de 1988)*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1989, 2.º vol.
- CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, 5.ª ed., Atlas, S. Paulo, 1981.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 2.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1973.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 5.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1975.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades Públicas — Parte Geral*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1978.
- FLORES LENZ, Luis Alberto Thompson. *Os Meios Moralmente Legítimos de Prova*, RT 621/273, 1987.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e o Processo Penal*, 2.ª ed., RT, S. Paulo, 1982.
- JAMES, Philip S. *Introduction to English Law*, 10.ª ed. Butterworths, Londres, 1979.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*, 7.ª ed. (atualizada e aumentada), Saraiva, S. Paulo, 1989.
- LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal Procedure*, Hornbook Series, Student Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985. Deste livro é a quase totalidade dos comentários e casos sobre a jurisprudência norte-americana, muitas vezes em transcrição literal.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*, 2.ª ed. Saraiva, S. Paulo, 1986.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 20.ª ed. (atualizada até 8.1.90), RT, S. Paulo, 1990.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 1.º vol., 6.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1972.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte e o Direito Constitucional Americano*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6.ª ed. (revista e ampliada), RT, S. Paulo, 1990.