

UNIDADE IX

Leitura obrigatória
MAGALHÃES, Direito à prova, cap.IV, ns 1,
2 e 3, p. 91-98

Capítulo IV

LIMITES AO DIREITO À PROVA: ADMISSIBILIDADE, PERTINÊNCIA, RELEVÂNCIA.

1. Limites ao direito à admissão da prova: considerações introdutórias — 2. Admissibilidade da prova: conceito — 3. Exclusão de provas determinada com finalidades processuais — 4. Exclusão de provas determinada por razões extra-processuais: a) *privileges* e provas ilícitas — 5. Segue: b) o princípio da proporcionalidade — 6. Segue: c) consequência e extensão do reconhecimento da ilicitude da prova — 7. Segue: d) as declarações do acusado e o direito ao silêncio — 8. Segue: e) métodos proibidos de interrogatório — 9. Segue: f) as intervenções corporais — 10. Segue: g) provas obtidas com violação do domicílio — 11. Segue: h) sigilo das comunicações; as interceptações telefônicas — 12. Segue: i) a proteção da intimidade familiar — 13. Segue: j) segredos profissionais e religiosos — 14. Exclusão de provas por motivos lógicos: relevância e pertinência.

1. Limites ao direito à admissão da prova: considerações introdutórias

O direito das partes à introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que se assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

A atividade probatória está voltada ao conhecimento de fatos pelo juiz, mas sua função não se exaure aí, pois, se assim fosse,

permitido seria ao julgador utilizar-se de dados de sua ciência particular, ou buscar, por qualquer forma, as informações necessárias para chegar a conclusões próprias a respeito dos acontecimentos. Na realidade, as provas desempenham um papel mais importante, que é o de *fixar* os fatos no processo e, por consequência, no próprio universo social; nisso consiste sua função *legitimadora* das decisões judiciais à qual já nos referimos.¹

Dáí resulta a indeclinável exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras — lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc. —, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo é realizado. Assim como o saber científico, que só adquire esse *status* na comunidade acadêmica após uma rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delimitados no seu processo de construção, sem os quais confundir-se-ia com um intolerável arbítrio do juiz.²

Nos ordenamentos continentais, a memória dos artifícios e abusos das *provas legais* conduziu a uma certa prevenção em torno da intervenção legislativa no terreno das provas, mas isso não significa, em absoluto, que a regulamentação legal do procedimento probatório não exista ou possa ser descartada; afinal, aquele sistema referia-se tão somente a uma das fases desse procedimento, a de *avaliação*; e o *livre convencimento*, que lhe sucedeu, também deve estar restrito a esse momento, não podendo significar uma espécie de *anarquia nas operações cognitivas do juiz*.³

O *método probatório judiciário* constitui, na verdade, um conjunto de regras mais amplo, cuja função garantidora dos direitos das partes e da própria legitimação da jurisdição⁴ implica limitações ao *objeto* da prova, aos *meios* através dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo, além de estabelecer os

⁽¹⁾ V. Introdução.

⁽²⁾ V. Eric Landowski, *Vérité et vérédiction en droit. Droit et société*, 8:49-50, 1988.

⁽³⁾ Ennio Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 16:311, 1973.

⁽⁴⁾ V. retro, cap. II, n. 6.

procedimentos adequados às operações relacionadas à colheita do material probatório, ou mesmo, em certas situações, o *valor* da prova obtida.⁵

Nessa linha, como já afirmamos antes, num processo de partes, as restrições do direito à prova de uma delas assegura, em última análise, o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada; dito de outro modo: ao *direito à prova* corresponde, como verso da mesma medalha, um *direito à exclusão* das provas que contrariem o ordenamento.⁶

Esses limites probatórios podem ter fundamentos *extra-processuais* (*políticos*), como ocorre em relação à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, ou *processuais* (*lógicos, epistemológicos*), quando se excluem, por exemplo, as provas impertinentes, irrelevantes, ou que possam conduzir o julgador a uma avaliação errônea.

Embora em todos esses casos exista uma restrição ao ingresso da prova, fala-se em *regras de admissibilidade* para designar os critérios jurídicos de seleção dos elementos que podem ser empregados no processo, ao passo que as noções de *pertinência* e *relevância* referem-se a critérios tipicamente lógicos.⁷

2. Admissibilidade da prova: conceito

Assim como a noção de *nulidade*, a de *admissibilidade* (ou, por oposição, de *inadmissibilidade*) está referida à questão da *validade* e *eficácia* (ou, por antagonismo, da *invalidade* e *ineficácia*) dos atos processuais: a atividade processual deve ser realizada segundo modelos traçados pelo legislador, cuja observância constitui a melhor forma de assegurar a participação dos interessados e a correção dos provimentos jurisdicionais. Por isso, somente a *perfeição* do ato, entendida como coincidência com

⁽⁵⁾ Filippo Antonioni, *Regole di prova legale e processo penale*, *La giustizia penale*, 60:7-18, 1955; Giulio Ubertis, *La ricerca della verità processuale*, in Ubertis (org.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 16-7.

⁽⁶⁾ V. retro, cap. III, n. 10.

⁽⁷⁾ V. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 337.

a *fattispecie*, confere-lhe aptidão para produzir efeitos; ao contrário, a desconformidade leva, ou pode levar, à *invalidade e ineficácia*.⁸

Mas, enquanto a *nulidade* é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a *invalidade e ineficácia*, a *admissibilidade* (ou *inadmissibilidade*) decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma. Como anota Julio Maier, *la inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) al proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento*.⁹

Sob um outro ângulo, a declaração de nulidade não é automática e o ato praticado irregularmente pode mesmo vir a ser considerado válido e eficaz, se não ocorrentes determinados pressupostos legais para sua invalidação (v.g. a inexistência de prejuízo, a ocorrência de alguma causa de convalidação);¹⁰ já a *inadmissibilidade*, por operar em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo, impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se mais da idéia de *inexistência* (jurídica) do ato vedado pela lei processual.

Diante disso, na matéria examinada, a distinção entre a prova *nula* e a prova *inadmissível* é bem clara e pode ser exemplificada: a colheita de uma prova testemunhal, sem que se dê a oportunidade de reperguntas a uma das partes, pode vir a ser declarada *nula*, mas, se não tiver ocorrido prejuízo para aquela mesma parte, não se cogitará da invalidação do ato; ou, então, reconhecida a nulidade, o ato poderá ser renovado, com observância do contraditório, e nada impedirá a valoração do novo depoimento pelo juiz; ao contrário, o testemunho que viole o sigilo profissional (art. 207 CPP), ou a confissão utilizada como prova da materia-

(8) V. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes & Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 3.ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1993, p. 15; Giovanni Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 17-8.

(9) Julio B. J. Maier, *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 141.

(10) Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades...* cit., p. 22, ss.

lidade do delito (art. 158 CPP) são atos *proibidos* e, por isso, *inadmissíveis*, não podendo jamais produzir efeitos sobre o convencimento judicial.¹¹

A *admissibilidade* da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual¹² e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo¹³ e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: *inadmissibilidade, proibição de prova, "exclusionary rules"*.

E tal valoração, que é mais evidente no sistema da *common law*, dada sua longa elaboração, mas que igualmente existe nos ordenamentos de tradição continental, pode ter um fundamento *epistemológico*, excluindo provas que poderiam levar o julgador a uma reconstituição inexata dos fatos, ou pode estar baseada em considerações estranhas à pesquisa da verdade, como ocorre em relação à *inadmissibilidade* de provas cuja obtenção importe em violação de outros direitos, especialmente aqueles de natureza fundamental, inscritos na Constituição. No primeiro caso, a *inadmissibilidade* tem uma finalidade propriamente *processual*, ao passo que a segunda hipótese diz respeito à tutela do direito *material*.¹⁴

(11) Sobre a distinção, v. especialmente Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, v. I, p. 446-7; Novella Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 40-50.

(12) Não se confunde a *admissibilidade* com a *licitude* da prova, exatamente porque esta última qualidade resulta de uma conformidade com o direito material; em certos casos, como se verá, a *inadmissibilidade* constitui uma conseqüência da *ilicitude*, v. Franco Cordero, *Procedura penale*, 7.ª ed., Milano, Giuffrè, 1983, p. 906.

(13) A *inadmissibilidade* deve abranger não somente o ingresso jurídico da prova no processo, mas também sua introdução *material* nos autos, evitando-se, com isso, influências indesejáveis sobre o convencimento do julgador; sobre esse significado do termo *inadmissibilidade*, v. Guido Galli, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 24.

(14) Mirjan Damaska, *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, University of Pennsylvania law review, 121:513, 1973.

3. Exclusão de provas determinada com finalidades processuais

As regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade são bastante comuns no sistema anglo-americano (*exclusionary rules of intrinsic policy*) e seu fundamento costuma ser atribuído ao fato de que ali o julgamento sobre os fatos incumbe a cidadãos comuns, que poderiam ser facilmente iludidos por certos tipos de provas, atribuindo-lhes um valor diverso do que elas realmente possuem; assim, tais regras objetivam tornar o *trial* um veículo mais eficiente para a descoberta da verdade dos fatos.¹⁵

Nessa classe incluem-se as regras sobre *competence*, que excluem os testemunhos de certas pessoas (crianças, doentes mentais, etc.), que não são considerados confiáveis, além de outras como a *hearsay rule*, que impede o testemunho de quem não observou diretamente os fatos, mas deles teve um conhecimento de "segunda mão", a proibição de provas relacionadas aos antecedentes do acusado, que poderiam levar o júri a reconhecer sua culpabilidade em função de outros fatos, e não aquele pelo qual está sendo efetivamente julgado, e outras.¹⁶

Mas, como pondera Damaska, nos ordenamentos da *civil law* semelhantes propósitos podem estar implícitos em certas regras sobre a prova, como ocorre com os princípios de imediação e oralidade, que sugerem que a prova com a qual o juiz teve um contacto direto é mais forte do que aquela obtida de fontes mais remotas;¹⁷ assim, por exemplo, no ordenamento federal alemão, prescreve-se que a testemunha deve ser ouvida, salvo algumas exceções, perante o tribunal, não podendo essa inquirição ser substituída pela leitura de um depoimento anterior.¹⁸

⁽¹⁵⁾ V. retro, cap. I, n. 10; v. ainda Charles T. McCormick, *Handbook of the law of evidence*, St. Paul, Minn., West Publishing, 1954, p. 152.

⁽¹⁶⁾ V. Richard May, *Criminal evidence*, 2.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 1990, p. 70-2; McCormick, op. cit., p. 139ss.

⁽¹⁷⁾ V. Damaska, *Evidentiary...* cit., p. 517.

⁽¹⁸⁾ V. Karl-Heinz Gössel, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, trad. Manoel Costa Andrade, *Revista portuguesa de ciência criminal*, 2(3):417, 1992.

De forma semelhante, no Código italiano de 1930 vedava-se a realização de perícias para estabelecer a habitualidade ou profissionalismo no delito, a tendência a delinquir, o caráter ou a personalidade do acusado e, em geral, qualidades psíquicas independentes de causas patológicas (art. 314, § 2.^o).¹⁹

Analisando o nosso processo penal, não é difícil constatar a existência de algumas regras probatórias, que têm como finalidade justamente evitar que o convencimento do juiz ou dos jurados possa ser conduzido a conclusões arriscadas, sob o prisma de uma correta reconstrução dos fatos.

Assim, em primeiro lugar, poderia ser lembrada a obrigatoriedade da prova pericial para a constatação da materialidade da infração penal, quando esta deixar vestígios, excluindo peremptoriamente o recurso à confissão do acusado (art. 158 CPP), mas com possibilidade de suprimento pela prova testemunhal, no caso de desaparecimento dos referidos vestígios (art. 167 CPP).

Tal cautela não constitui, como pareceu a José Frederico Marques, uma *baboseira* que só encontraria guarida no sistema da prova legal,²⁰ ou, como afirmado em recente pronunciamento jurisprudencial, cláusula incompatível com o processo penal moderno,²¹ mas, importante *garantia* voltada à obtenção da verdade processual,²² que consubstancia exemplo claro de uma

⁽¹⁹⁾ Galli, op. cit., p. 159.

⁽²⁰⁾ V. José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2.^a ed., Rio-S.Paulo, Forense, 1965, v. II, p. 297 e 364-5.

⁽²¹⁾ Superior Tribunal de Justiça, RHC 2.454-2-RN, rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, RT 694/390-2, 1993, de cuja ementa se extrai: *A Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou, assim, afetada a cláusula final do art. 158 CPP, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer com o exame de corpo de delito. No processo penal moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo o que lícito for, idôneo será para projetar a verdade real.*

⁽²²⁾ Nesse sentido, depois de observar que o instituto responde a relevante critério informativo do direito processual moderno, lastreado na presunção de inocência do acusado, observa Lauria Tucci: "a atividade constatatória do *corpo de delito* se subsume num sistema de garantias constitucionais e procedimentais assecuratórias de sua liberdade, com a prevenção de todas as acusações destituídas de

inadmissibilidade do *meio* de prova, com o objetivo de evitar erros que poderiam resultar na indiscriminada admissão de qualquer prova para demonstração da própria existência do fato que deixou rastros materiais.²³

Outras regras de inadmissibilidade inspiradas pela conveniência de uma maior exatidão do acerto judicial também podem ser lembradas: a do art. 155 CPP, que remete à lei civil as restrições de prova relacionadas ao *estado civil das pessoas*; a do art. 62 CPP, que exige *certidão de óbito* para o reconhecimento da extinção da punibilidade por morte; a necessidade de juntada de *certidão* para o reconhecimento da reincidência,²⁴ etc.

E, certamente, é o mesmo espírito que inspira as restrições à admissibilidade do compromisso de certas testemunhas (art. 208 CPP) ou as precauções com relação a cópias de documentos (art. 232, parágrafo único); ainda que nesses casos a prova seja colhida e ingressê no processo, a providência do legislador funciona como uma advertência ao julgador sobre credibilidade relativa do depoimento ou do documento.

4. Exclusão de provas determinada por razões extraprocessuais:

a) *privileges* e provas ilícitas

O campo das proibições de prova relacionadas à tutela de valores estranhos à economia interna do processo é vastíssimo, revelando que o objetivo de apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica. A prova judiciária, ponderou Foriers, permite estabelecer uma coexistência entre o interesse da sociedade e o interesse da

fundamento e o reclamo de dados suficientes e reais para submetê-lo a processo e julgamento”, v. Rogério Lauria Tucci, Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro, S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 78.

⁽²³⁾ Na doutrina alemã, essa espécie de vedação é denominada *proibição de prova relativa* (o fato só pode ser introduzido no processo através de um determinado meio de prova). V. Gössel, op. cit., p. 399.

⁽²⁴⁾ Nesse sentido a orientação da jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: Rev. 160.798/4, rel. Haroldo Luz, Revista de doutrina e julgados, 1:226-7, 1989; Rev. 189.162/5, rel. Sidnei Beneti, Revista de doutrina e julgados, 7:235-6, 1990.

verdade;²⁵ sem tal adequação, a atividade processual correria o risco de transformar-se em fator de desagregação social, ao invés de cumprir sua finalidade de pacificação de conflitos.

Especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo.²⁶

É com esse sentido e finalidade que os diversos ordenamentos — em maior ou menor medida — prevêm a exclusão de provas cuja prática possa representar um atentado à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade ou à privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança do próprio Estado, etc.; são casos em que razões externas ao processo justificam o sacrifício do ideal de obtenção de uma verdade processual mais próxima à realidade dos fatos.

No sistema anglo-americano, essa espécie de exclusão de provas (*exclusionary rules of extrinsic policy*) é constituída, em primeiro lugar, pelos denominados *privileges*, previstos na *common law* ou em leis escritas, cuja função primordial é a de assegurar ao cidadão a efetividade de certos direitos considerados essenciais. Cuida-se, em síntese, de preservar a esfera individual contra intromissões que, embora ditadas pelo interesse de eficiência do processo, poderiam ter um custo desproporcional, na ótica de uma organização social secularmente assentada na primazia do indiví-

⁽²⁵⁾ Paul Foriers, *Considérations sur la preuve judiciaire*, in Perelman & Foriers (org.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 329.

⁽²⁶⁾ Como afirma Amelung, citado por Costa Andrade, “o fim de pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar”; v. Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 15.