

PROVA EMPRESTADA

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Recurso

re .

ESCUTA TELEFÔNICA — RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA - DIREITO NÃO RECONHECIDO

RESUMO

- Ao comentar o inciso LVI, "supra", CELSO RIBEIRO BASTOS observa: "O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita. O que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa da sua redação. "O primeiro ponto que se deve observar é que, a despeito do seu caráter aparentemente peremptório e definitivo, são 'inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos', ainda assim o preceito sob comento tem forçosamente de sofrer certas ressalvas que resultam da sua interpretação finalística teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal. - "Não se pode esquecer que a aqui (O comentarista se refere a caso da prova ilícita servir para inocentar alguém de crime) há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que talvez só perca em importância e relevância para a própria vida. É por isso que sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa." ("Comentários à Constituição do Brasil", Saraiva, 1989, 2º vol., págs. 273 e seg.). - Quero, mais, transcrever consideração profunda, meditada e digna de reflexão por parte de nossos pretórios, feita pela Professora "ADA PELLEGRINI GRINOVER" em seu livro "Novas Tendências do Direito Processual" (Forense Universitária, 1990, pág. 60): "A problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal, na medida em que o Estado, na persecução dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que levam quase necessariamente a uma intromissão, na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito à intimidade é parte integrante dos direitos da personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feito e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ao acobertar violações". - Como bem disse a articulista, "as liberdades têm feito e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações". Assim, a primeira indagação que faço é: como pode alguém, que se acha recolhido em estabelecimento penal, por condenação por quadrilha armada, pretender invocar cláusula constitucional que protege o homem livre? Essa escuta telefônica, previamente autorizada por seu juiz natural, redundaria numa "atipicidade constitucional"? (para utilizar-me de expressão da própria articulista in "A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal", publicado na RPGESP, n.37). A escuta atentaria contra "os direitos dos presos", também com assento constitucional, seja por previsão direta ou via de tratados internacionais? - A resposta só pode ser não. - A Constituição brasileira, como é comezinho, é uma Constituição dirigente e programática. Em decorrência, tanto o legislador ordinário, quanto o administrador e o próprio juiz, esse último através da denominada "atualização constitucional" (Verfassungsaktualisierung), têm de "realizar" o que foi recomendado e modelado pela própria Constituição. Ora, uma leitura atenta da Constituiç

EMENTA

Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para desentranhar prova (decodificação de fita magnética) feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que "são inadmissíveis... As provas obtidas por meio ilícito", não tem conotação. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da "atualização constitucional" (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da "razoabilidade" (reasonableness). O "princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas" (exclusionary rule) também lá pede temperamentos".