

5

Conclusão

A vedação de utilização de provas ilícitas, enquanto garantia fundamental, contribui para a construção de um sistema jurídico tão preocupado com a afirmação dos direitos individuais, quanto com a realização de uma funcional, ética e eficaz justiça penal, direito de todos.

Assim, a prova ilícita não pode ser admitida no processo, sob qualquer pretexto. A Constituição Federal é claríssima nesse sentido. O princípio da proporcionalidade não pode inverter o mandado constitucional explícito. Isso porque, não pode ser controlável um sistema que não reconhece limites; não pode ser legítima uma pena que é aplicada ao arrepio da Constituição.

Insistimos na preservação do modelo constitucional do processo e na manutenção de critérios aceitáveis e seguros de controle da atividade probatória. Os direitos e garantias que compõem o modelo constitucional do processo penal não estão numa esfera de disponibilidade e nem sujeitos à suspensão discricionária de qualquer autoridade ou de maiorias ocasionais.

É certo que nenhum instituto jurídico sobrevive ao teste do casuísmo, já que ele perde de mira as questões teóricas e práticas de fundo. O casuísmo flexibiliza os institutos da ciência do Direito, orientando o operador do direito a manter uma postura excessivamente pragmática e descompromissada com a dignidade da pessoa humana submetida a um processo criminal e com as projeções sociais da aplicação licenciosa da lei¹. O casuísmo cega e desigual; abre margens para o utilitarismo e substitui a razão pela emoção. A combinação da emoção e do utilitarismo resulta em solução altamente inflamável, capaz de incinerar *qualquer* escolha jurídica e *qualquer* pessoa humana, pelo toque de *qualquer* faísca.

¹ Nesse sentido STRUCHINER, N. *Indeterminação e Objetividade. Quando o Direito diz o que Não Queremos Ouvir*: “(...)“mesmo nos casos em que temos certeza ou estamos muito confiantes de que o desvio da regra poderia ser a melhor resposta para evitar resultados injustos no caso concreto, temos boas razões para seguir a regra se acreditamos que estaremos dando um mau exemplo para agentes que não possuem a mesma capacidade de discernimento para saber quando as regras geram resultados errados.”.

Tem-se assistido no Brasil a mais completa inversão de valores no campo penal persecutório: prende primeiro, apura-se depois; todos são culpados até que se prove o contrário; não há direito para quem desrespeita o direito, etc.. O cenário construído é perigoso. Flexibilizar as *regras* não é a melhor saída; os fins não justificam os meios.

Em matéria de provas ilícitas, como acredito ter demonstrado, a proporcionalidade leva ao aniquilamento da garantia. A técnica da ponderação nessa específica matéria, com o devido respeito aos que pensam diferente, é artifício para justificar o punitivismo. Sob os auspícios da “gazua” da proporcionalidade, em campo processual penal, a única certeza é a incerteza.

A inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas não está a serviço da impunidade. É bom que isso fique bem claro. Devem os agentes ligados à persecução agirem com inteligência e eficiência para bem cumprir o seu digno múnus. Não é sacrificando direitos e desprezando os limites que se obterá uma resposta adequada para o complexo problema da criminalidade.

Feitas essas considerações, passo às conclusões:

- 1) Constituição Federal de 1988 alterou profundamente a estrutura intrínseca do processo penal, com vistas ao asseguramento da dignidade da pessoa humana submetida à *persecutio criminis*. Cabe ao magistrado garantir a incidência das normas constitucionais no processo.
- 2) Na tensão entre os valores da liberdade do acusado e da preservação dos interesses repressivos, o modelo constitucional do processo prestigia o primeiro.
- 3) Segundo o modelo constitucional do processo, a função de acusar e julgar são entregues a órgãos diversos, cabendo, portanto ao magistrado valorar a prova lícita produzida e não produzir a prova, o que é função da acusação.
- 4) A prova serve para formar a convicção do magistrado.
- 5) Vigora no sistema processual brasileiro o princípio da liberdade probatória, constituindo a vedação de utilização de provas ilícitas um obstáculo para a indiscriminada iniciativa probatória.
- 6) Prova ilícita é aquela que viola normas constitucionais ou infraconstitucionais, sejam elas de natureza processual ou material.
- 7) A teoria das provas ilícitas por derivação é adequada, pois de nada

adiantaria expungir a prova contaminada pelo vício da ilicitude do processo, mas admitir que as outras provas obtidas a partir de dela fossem consideradas.

8) A teoria das fontes independentes não ofende a garantia constitucional de vedação de utilização de provas ilícitas.

9) O art. 157, §3º do CPP é inconstitucional, porque a despeito da expressão empregada – “fonte independente” – consagrou a teoria da descoberta inevitável, e essa afronta o modelo constitucional do processo.

10) A vedação de utilização de provas ilícitas foi positivada, no sistema brasileiro, segundo a estrutura de regra, com hipótese de incidência delimitada e sanção determinada. O modo de aplicação, o conteúdo, a inexistência de reservas e a disposição normativa levam a essa conclusão.

11) As regras são operadas no modelo do tudo ou nada e suas conseqüências devem incidir, caso seja verificado o suporte fático, salvo se houver cláusula de exceção expressa.

12) A regra que veda a utilização de provas ilícitas foi positivada sem reservas.

13) O princípio da proporcionalidade só tem lugar no caso de colisão entre princípios.

14) A prova ilícita *pro reo* não contraria o modelo constitucional do processo, porquanto uma garantia individual não pode ser atirada contra o seu próprio titular. Não é necessário recorrer ao princípio da proporcionalidade para se obter esse resultado.

15) A tese de utilização da prova ilícita *pro societate*, nos seus mais variados argumentos, não passa pelo teste da proporcionalidade.