

PROVAS ILÍCITAS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS RELATÓRIO – BRASIL 2009

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

Maria Thereza Rocha de Assis Moura,

Marcos Alexandre Coelho Zilli

e Fabíola Girão Montecónrado Ghidalevich

RESUMO. O trabalho se propõe a examinar os fundamentos tomados pelo TPI junto à jurisprudência internacional de direitos humanos para aplicação da regra prevista pelo art. 69.7 do ER. Como se sabe, o padrão de legalidade probatória estabelecido pelo ER é o da subordinação aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. A ilegalidade, contudo, não tem como efeito automático a inadmissibilidade das provas. Na verdade, isso somente ocorrerá quando surgirem sérias dúvidas quanto à confiabilidade da prova produzida ou quando a sua admissibilidade puder afetar a integridade do processo ou mesmo causar-lhe grave prejuízo. Nessa temática, contudo, a jurisprudência da CIDH é escassa. No único caso a merecer destaque – *Lori Mejía vs Peru* – a ilegalidade probatória foi afirmada como uma decorrência do reconhecimento da violação das garantias do juiz natural, independente e imparcial. No entanto, a maioria dos julgadores não reconheceu a imprestabilidade da prova, de modo que foi ela transposta do juízo militar, palco das ilegalidades cometidas, ao juízo comum.

ABSTRACT. The purpose of this study is an examination of the legal grounds set forth by the International Criminal Court together with international jurisprudence on human rights for the application of the rule established by Article 69.7 of the Rome Statute. It is a known fact that the Rome Statute establishes that for evidence to be legal it must be obtained with full respect for internationally recognised human rights. Nonetheless, the illegality of the evidence does not automatically lead to its inadmissibility. In fact, this would only happen if substantial doubts regarding the reliability of the evidence collected were to arise or if its admission might affect or cause significant damage to the integrity of the proceedings. Nevertheless, jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

on this subject is scant. In the only case which deserves to be highlighted – Lori Mejía vs Peru – the illegality of the evidence was asserted as a consequence of recognising the infringement of the right to an independent and impartial natural judge. Even so, most of the judges did not recognise that such evidence was unusable, so it was transferred from the military court, scene of the illegalities, to the regular court.

1 • Panorama sobre a proibição da prova *contra legem*

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, mereceu, inclusive, tratamento legislativo.

Como se sabe, o tema tem sido largamente enfrentado pela Suprema Corte americana, o que levou à elaboração das conhecidas regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹, estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos, entendeu-se que o problema não envolvia, tão somente, a não

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914). Wayne R. Lafave e Jerold H Israel: *Criminal procedure*. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver, igualmente, Fernando Díaz Cantón. “Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba”. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e Maximiliano Hairabedián. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: Paul F. Rothstein; Miran S. Raeder e David Crump. *Evidence. State and federal rules*. St. Paul: West, 1997, p. 257. Neste caso, a Suprema Corte enfrentou a validade de procedimento policial consistente na extração forçada de cápsulas de entorpecente da boca e do estômago do acusado e decidiu que o expediente havia violado os padrões da decência implícitos na ideia

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

confiabilidade do resultado probatório, mas a incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo. É certo que em *Elkins* (1960)³ a preocupação educativa das ações policiais ficou mais evidente, tendo sido reafirmada em *Mapp v. Ohio* (1961),⁴ quando a Suprema Corte vinculou as *exclusionary rules* ao dever do Estado em aprofundar, junto a seus agentes, o nível de consciência sobre a importância e a necessidade do respeito dos valores da dignidade humana.

A partir do final da década de setenta e início dos anos oitenta do século passado, a regra cedeu espaço para a inclusão do critério da boa-fé policial. A princípio expressado em votos dissidentes,⁵ o raciocínio acabou sendo consolidado no caso *Leon* (1984).⁶ Em linhas gerais, se o objetivo é o de disseminar, junto aos agentes policiais, uma cultura de respeitabilidade dos direitos humanos, as regras de exclusão não encontrariam efetividade caso não fosse possível àqueles inferir a ilegalidade do ato por eles praticado.⁷ A conclusão não deixa de ser, na verdade, o resultado de uma ponderação entre os benefícios e os custos da aplicação das *exclusionary rules*.⁸

de justiça e nas noções de devido processo. Foi com base nessas premissas que concluiu que o emprego de meios violentos para a obtenção de prova ofendia a consciência comum e o senso de justiça, o que acabaria por equipará-los às confissões involuntárias. Dessa forma, seriam constitucionalmente censuráveis, não só pela não confiabilidade do resultado, mas principalmente por força da incompatibilidade entre o meio empregado e a garantia do devido processo. Em circunstâncias tais, a admissão da prova acabaria ferindo o senso comum da decência e de um processo justo.

³ 364 U.S. 206, 80 S.Ct. 1437, 4 L.Ed.2d 1669 (1960).

⁴ 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961).

⁵ Em *Bivens v. Six Unknown Named Agents* (1971), por exemplo, o Chief Justice Burger, em voto dissidente, reconheceu a absoluta ausência de dados empíricos que pudessem conferir sustentabilidade ao raciocínio de que a inadmissibilidade de provas traria alguma influência para o exercício da atividade policial. Sugeriu, então, fosse a regra substituída por outros mecanismos que no seu entender seriam mais eficazes para o resguardo dos valores constitucionais, dentre os quais a possibilidade de as vítimas acionarem o Estado em tribunais especialmente criados para este fim. Em *Stone v. Powell* (1976), também em um voto dissidente, "Justice White" afirmou que a exclusão de provas não deveria ser aplicada quando a Polícia houvesse executado o ato imbuída de boa-fé, ou seja, sob o amparo de uma crença razoável de atuação nos limites da legalidade. No seu entender, em circunstâncias tais, as finalidades preventiva e educacional da proibição probatória, reconhecida em julgamentos anteriores, não teriam o menor sentido. As críticas aos efeitos anômalos das regras de exclusão atingiram seu ápice com o caso *Califórnia v. Minjares* (1979), onde Justice Rehnquist fez uma feroz avaliação sobre a capacidade da jurisprudência norte-americana de impedir o uso de provas relevantes e confiáveis. Ver, para tanto: Wayne R. Lafave e Jerold H Israel. *Criminal procedure*. St. Paul: West, 1992, pp. 108-109 e John Kaplan; Jerome H. Skolnick e Malcolm M Feeley. *Criminal justice: introductory cases and materials*. New York: The Foundation, 1991, p. 282.

⁶ 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed.2d 677 (1984).

⁷ "The Fourth Amendment exclusionary rule should be modified so as not to bar the use in the prosecution's case-in-chief of evidence obtained by officers acting in reasonable reliance on a search warrant issued by a detached and neutral magistrate but ultimately found to be unsupported by probable cause." (Wayne R. Lafave e Jerold Israel, op. cit., p.109).

⁸ Wayne R. Lafave e Jerold Israel, op. cit., p.109. Em *Illinois v. Krull* (1987), após uma apertada maioria, a Suprema Corte admitiu a validade de prova obtida com base em legislação sobre a qual pairava, ainda, uma razoável presunção de constitucionalidade. Ocorre que a preocupação com os efeitos processuais das provas ilícitas também alcançou aquelas delas derivadas, dando origem, assim, à célebre metáfora dos frutos da árvore

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Já no direito inglês, foi a preocupação com avaliações probatórias equivocadas por parte dos jurados que impulsionou a *House of Lords* a reconhecer, no caso *Christie* (1914), a existência de um poder judicial de filtragem e de exclusão de provas que pudessem causar graves danos ao correto julgamento.⁹ Entre os anos de 1962 e 1980, muito embora o controle judicial na admissibilidade probatória tenha sido sistematicamente reafirmado, não se obteve êxito em definir um parâmetro claro para o exercício de tal discricionariedade pelo juiz.¹⁰

O fato é que as dificuldades da jurisprudência inglesa na delimitação de critérios claros de exclusão levaram à promulgação, em 1984, do *Police and Criminal Evidence Act*, que além de consagrar o poder judicial de controle de incorporação do material probatório, qualificou como inadmissíveis as provas da acusação que pudessem causar efeitos nocivos ao justo processo.¹¹ Nos julgados que se sucederam, com especial destaque para *Samuel e Alladice*, ambos de 1988, as cortes inglesas, a exemplo do sistema norte-americano, incorporaram o critério da boa-fé dos atos policiais.¹² Daí a possibilidade de admissão de prova ilegalmente obtida quando a execução do ato tivesse sido orientada por uma crença razoável de sua conformidade com o direito.

Já a busca por uma construção dogmática sobre o tema é bem ilustrada pela experiência do direito alemão,¹³ ressaltando aqui a preocupação com a tutela dos

envenenada - *fruit of the poisonous tree* . Ou seja, a respeitabilidade dos direitos humanos ficaria seriamente comprometida caso fossem admitidas as provas oriundas da ilicitude original. É certo que o rigor da proposição vem sendo sensivelmente abrandado pela própria Suprema Corte que, para tanto, destacou situações em que a relação de causalidade ficaria rompida. São as hipóteses da *attenuated connection*, da *independent source* e da *inevitable discovery*.

⁹ Cedric D Bell. *Evidence*. London: HLT, 1996, p. 267-268.

¹⁰ Em *Myers v. DPP* (1965), por exemplo, fez-se menção aos fins da justiça como critério orientativo. Já em *Jeffrey v. Black* (1978), o uso de artifícios policiais foram recriminados. Em *R v. Sang* (1980), a mesma *House of Lords* vedou o uso de medidas que levassem a uma auto-incriminação, proibindo a incorporação de provas delas resultantes. Ver, para tanto: Cedric D. Bell. op. cit., p. 269-272.

¹¹ Conforme estabelece a Seção 78.1: "Exclusion of unfair evidence. (1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it". Ver, para tanto: Richard Stone: "Exclusion of evidence under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: practice and principles". Disponível em <<http://webjcli.ncl.ac.uk/articles3/stone3.rtf>>. Acesso em 10.02.2009.

¹² Cedric D. Bell. op. cit., p. 278.

¹³ Onde é aceita uma distinção formal entre as proibições de produção de prova (limites aos fatos a investigar) e as proibições de valoração de prova (impedimentos para que determinados fatos sejam objeto da sentença.). O primeiro grupo subdivide-se, ainda, em: a) temas proibidos de prova; b) meios proibidos de prova; c) métodos proibidos de prova e d) proibições de prova relativas. Ver, para tanto: Karl-Heinz Gössel: "As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa: Aequitas, ano 2, fasc. 3, jul-set., 1992, p. 398-400.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

aspectos protetivos da dignidade humana.¹⁴ Foi justamente por esse caminho que o Bundesgerichtshof (BGH), no que se convencionou denominar primeiro caso do diário, em 1964, não admitiu a prova consistente em registros escritos de natureza íntima, justamente por considerá-los vinculados a uma esfera restrita da personalidade, de modo que qualquer invasão seria indevida.¹⁵ Anos mais tarde, no entanto, o Tribunal Constitucional alemão (BverfG), em atenção ao princípio da proporcionalidade, decidiu pela admissibilidade de qualquer diário, por mais íntimo que fosse o seu conteúdo, desde que a persecução penal estivesse associada à imputação de infração de maior gravidade.¹⁶

O repúdio ao emprego de expedientes violadores dos direitos fundamentais quando da obtenção de provas e a inadmissibilidade processual do respectivo material é fato consolidado em vários sistemas jurídicos, como também ilustram as experiências da Espanha,¹⁷ da Argentina,¹⁸ de Portugal¹⁹ e do próprio Brasil.²⁰ É fato que o rigor da

¹⁴ Tome-se como exemplo a proibição de emprego de métodos coercitivos quando do interrogatório do acusado, estabelecida pelo par. 136a(1) do Código Processual Penal Alemão (StPO): "La libertad de la voluntad de resolución y de la voluntad de participación del inculpado no se puede dañar mediante malos tratos, fatiga, intervención corporal, administración de médios, tortura, fraude o hipnosis. Solo se puede usar de la violencia en tanto que el derecho del procedimiento lo permita. Están prohibidas la amenaza con una medida inadmisibile según sus disposiciones, y la promesa de un beneficio legalmente no previsto".

¹⁵ Manuel da Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 147.

¹⁶ Manuel da Costa Andrade. op. cit., p. 149.

¹⁷ É o que dispõe o art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ): "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

¹⁸ Um dos primeiros casos a ser julgado foi o Charles Hnos, em 1891, quando a Corte Suprema não admitiu como prova documentos que haviam sido obtidos ilegalmente. Em Montenegro (1981), não foi admitida uma confissão extrajudicial que houvera sido obtida mediante tortura. Em 1984, no caso Monticelli de Prozillo, a Câmara Nacional Criminal e Correccional Federal afirmou que a busca ilegalmente efetuada havia contaminado, outrossim, a apreensão subsequente. Ver, para tanto: Fernando Díaz Cantón. op. cit., p. 338-339; Julio Bernardo. J. Maier: "Inviolabilidad de domicilio". *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 8, n. 29, p. 59-117, 1985; Bernadete Minvielle: "Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso". *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37, p. 295-315, 1987; José I. Cafferata Nores. "Los frutos del árbol envenenado". *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 9, n. 33, p. 491-496, 1986.

¹⁹ Conforme disposto no art. 32 da CF: "[...] 6º. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações".

²⁰ Como dispõe o art. 5º, LVI da CF: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". A recente reforma do CPP regulamentou o texto constitucional, trazendo ainda dispositivos sobre as provas derivadas. Art. 157. "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Par. primeiro. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Par. segundo. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir o fato objeto da prova. Par. terceiro. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente".

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

proposição vem provocando descontentamentos aqui e alhures de modo que novos paradigmas têm sido invocados para a solução do problema, sendo o exemplo mais evidente o do princípio da proporcionalidade.²¹

A dificuldade da delimitação de um critério para a solução do problema relativo às provas ilícitas também é verificada na jurisprudência da Corte EDH. Com efeito, embora reafirme, sistematicamente, o seu papel de guardião da efetividade dos direitos humanos, a Corte, em decisões majoritárias, vem assentando não constituir a sua finalidade a indicação dos parâmetros de admissibilidade de provas, que, no seu entender, devem ser alvo de construção por cada sistema jurídico.

Dessa forma, sob o argumento de que o processo judicial deve ser avaliado em sua totalidade, a Corte EDH não tem se aprofundado no exame de importantes aspectos diretamente relacionados à integridade da ação estatal na obtenção da prova. De fato, as análises cingem-se à apreciação da compatibilidade entre o procedimento adotado pelo Estado e os parâmetros do justo processo estabelecidos pela Convenção, sem que disso possa resultar qualquer afirmação de existência de um direito fundamental à exclusão da prova ilicitamente obtida.²² Nesse sentido, a mera previsão, nos ordenamentos nacionais, de mecanismos processuais viabilizadores do exercício do contraditório ou do reexame das decisões judiciais já seria suficiente para qualificar de justo o processo adotado, ainda que uma prova ilícita nele houvesse sido admitida.

Foi esse o raciocínio, aliás, que prevaleceu no caso *Schenk v. Switzerland* (1988).²³ Naquela oportunidade, a Corte EDH, por maioria, considerou justo o processo conduzido pelos órgãos judiciários daquele país em que haviam sido admitidas gravações clandestinas de comunicação telefônica entre o mandante de um homicídio e o seu executor. Entendeu-se que não poderia ser exigido dos ordenamentos nacionais o cumprimento de um critério regulador da admissão das provas que não havia sido contemplado no rol das garantias judiciais previstas pelo artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos

²¹ Como aponta Nicolas Gonzalez Cuellar Serrano. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 37: "El principio de proporcionalidad surgió en el Derecho de policía y desde allí se extendió posteriormente por todo el Derecho administrativo [...] Tradicionalmente se ha considerado como un límite impuesto a las potestades de la Administración en la adopción y ejecución de actos administrativos...". Mas foi no direito alemão que o princípio foi alçado ao plano constitucional, servindo como importante meio para o exame da constitucionalidade das leis restritivas de direitos mediante a técnica de compatibilização entre meios e fins. Dessa forma, restrições desnecessárias aos direitos fundamentais seriam objeto de correção judicial. Ver, para tanto: Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43-44.

²² Nuala Mole; Catharina Harby. *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. [S.l.]: Conseil de Europe, [199?].

²³ Disponível em <<http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>>. Acesso em 25.02.2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Humanos (CEDH).²⁴ Em que pese o resultado final do julgamento, devem ser destacados os votos dissidentes que consideraram existente um vínculo íntimo entre o *fair trial* e a licitude nos procedimentos de obtenção de provas, de modo que qualquer violação dos direitos humanos importaria em prejuízos à boa administração da justiça.²⁵

No caso *Khan v. United Kingdom* (2000), a Corte EDH, novamente por maioria, embora tenha reconhecido a ausência de previsão legal para a realização de gravação ambiental, considerou que a concessão de oportunidades processuais para a discussão sobre a validade da prova havia sido suficiente para conferir ao processo a qualidade de justo. Todavia, o Juiz *Locaides*, em voto dissidente, asseverou que a exclusão de prova obtida em desrespeito à privacidade deveria ser considerada medida naturalmente decorrente da proteção daquele direito.²⁶

O entendimento dominante continuou prevalecendo nos julgamentos subsequentes. Em *P.G. e J.H. v. United Kingdom* (2001),²⁷ por exemplo, a Corte EDH não desqualificou o processo em que haviam sido admitidas gravações ambientais de conversas mantidas por dois presos no interior de suas celas, muito embora tivesse reconhecido a violação do direito à privacidade. Na oportunidade, o Juiz *Tulkeins* advertiu, em voto vencido, que a continuidade de tais posicionamentos acabaria tornando absolutamente ineficaz a tutela da vida privada.²⁸

De qualquer modo, a tendência caminha para o repúdio às posturas estanques abrindo-se espaço para uma ponderação entre os interesses em conflito o que, diga-se, é

²⁴ “While article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible.” Semelhante raciocínio foi seguido em vários outros julgados: *Lidi v. Switzerland* (1992); *Vidal v. Belgium* (1993); *Dombo Beheer v. The Netherlands* (1993) e *Schuler-Zraggen v. Switzerland* (1993).

²⁵ Os votos vencidos foram proferidos pelos Juízes: Pettiti, Spielmann, de Meyer e Carrilo Salcedo. Alegaram, em síntese, que a observância da lei quando no procedimento de obtenção de provas não constituiria mera formalidade, mas requisito de primeira grandeza para a configuração do justo processo penal. “To our very great regret, we cannot share the majority’s view since in our opinion, compliance with the law when taking evidence is not an abstract or formalistic requirement. On the contrary, we consider that it is of the first importance for the fairness of a criminal trial.”

²⁶ O fundamento de seu raciocínio partiu da consideração de que uma condenação fundada em prova obtida mediante violação dos direitos humanos jamais poderia indicar o atendimento da exigência do justo processo. “I cannot accept that a trial can be ‘fair’ as required by Article 6, if a person’s guilt for any offence is established through evidence obtained in breach of the human rights guaranteed by the Convention. It is my opinion that the term ‘fairness’, when examined in the context of the European Convention on Human Rights, implies observance of the rule of law and for that matter it presupposes respect of the human rights set out in the Convention.”

²⁷ <<http://cmiskp.echr.coe.int>. Acesso em 25.02.2009.

²⁸ “The rights enshrined in the Convention cannot remain purely theoretical or virtual because ‘the Convention must be interpreted and applied in such a way as to guarantee rights that are practical end effective’.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

próprio da proporcionalidade. A ideia central do princípio gravita em torno da configuração de um critério valorativo suficientemente capaz de delimitar o campo de validade das restrições ao exercício dos direitos fundamentais. Decorre, portanto, do próprio sentido informador da noção de Estado de Direito, em que a atuação do poder público está junta aos parâmetros da legalidade, desenhados pela afirmação das liberdades individuais. Nesse sentido, somente poderiam ser consideradas adequadas as medidas que impusessem restrições indispensáveis à salvaguarda de interesses públicos de maior grandeza.

Ocorre que a perspectiva de alternância de soluções é fonte de críticas quanto à pretensa eficácia da proporcionalidade como linha divisória entre o admissível e o inadmissível no terreno das provas ilícitas. Com efeito, a ausência de um critério geral e a necessidade de enfrentamento de cada caso são fontes de constantes incertezas e subjetivismos,²⁹ além de estarem sujeitas ao próprio perigo de banalização da proteção dos direitos fundamentais.

2. O Tribunal Penal Internacional e o regramento probatório

Ao reconhecer expressamente a garantia da presunção de inocência,³⁰ o Estatuto de Roma (ECPI) fixou, dentre outras consequências, o ônus probatório à acusação.³¹ Incumbe à Procuradoria, portanto, a demonstração da veracidade dos fatos imputados na inicial. Por via de consequência, uma condenação somente será cabível quando o Tribunal estiver convencido da responsabilidade do acusado, para além de qualquer dúvida razoável.³² A expressão, de clara influência anglo-americana – *beyond reasonable*

²⁹ Conforme observa Nicolò Trocker: *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 626: “La prima impressione che si coglie dalla riferita evoluzione giurisprudenziale è quella delle gravi incertezze cui può dar luogo l’applicazione pratica del principio di proporzionalità. Non stupisce quindi lo scetticismo di coloro che vendono nel principio in questione un parametro troppo vago e pericoloso per una soddisfacente sistemazione dei divieti probatori.”

³⁰ Art. 66.1: “Everyone shall be presumed innocent until proved guilty before the Court in accordance with the applicable law.” (“Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal de acordo com o direito aplicável”).

³¹ Art. 66.2: “The onus is on the Prosecutor to prove the guilt of the accused”. (“Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado”).

³² Art. 66.3: “In order to convict the accused, the Court must be convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt.” (“Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado além de qualquer dúvida razoável”).

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

doubt –, ³³ impõe ao julgador um estado de certeza; vale dizer: uma “segurança subjetiva da verdade”, ³⁴ sem a qual o desfecho inevitável será o da absolvição.

Na valoração do material probatório não foram estabelecidas regras técnicas. Vigora, pois, o sistema do livre convencimento, o que não implica afirmar uma admisão irrestrita do material probatório. Com efeito, o ECPI delineou parâmetros de legalidade a serem observados em um momento prévio, que é o do controle e da fiscalização da incorporação das provas. É o juízo de admissibilidade, logicamente antecedente às etapas de produção e de valoração.

2.1. As provas ilícitas: o parâmetro da legalidade

Nem o ECPI nem o Regulamento de Provas e Procedimento se comprometeram com incursões terminológicas, evitando, dessa forma, o emprego de expressões como “prova ilegal”, “ilícita” ou “ilegítima”.³⁵ A omissão, todavia, não implicou ausência de um controle de legalidade, e cujo marco regulatório é dado pelas próprias disposições do ECPI e pelas normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas – artigo

³³ Conforme conceituado por Henry Campbell Black. *Black's law dictionary*. 6.ed. St. Paul: West, 1991, p. 111: “In evidence mean fully satisfied, entirely convinced satisfied to a moral certainty; and phrase is the equivalent of the words clear, precise and indubitable. In criminal case, the accused's guilt must be established 'beyond reasonable doubt', which means that facts proven must, by virtue of their probative force, establish guilt.”

³⁴ Nicola Abbagnano: *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 131.

³⁵ Ao menos no Brasil, a distinção entre prova ilícita e ilegítima tem obtido grande alcance doutrinário e jurisprudencial graças, sobretudo, ao magistério de Ada Pellegrini Grinover (*Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982), calcada, por sua vez, nos ensinamentos de Nuvolone. (“Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”. *Rivista Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, p. 442-475, 1966). Com efeito, o autor inicia a exposição cuidando da prova vedada, assinalando coincidir o conceito com o de meio de prova proibido. Trata-se, portanto, do meio que, embora idôneo para fornecer elementos relevantes para o accertamento de um fato no processo, a sua utilização é vedada pelo ordenamento jurídico. “Il concetto di prova vietata si identifica con quello di mezzo di prova vietato. È mezzo di prova vietato ogni ezzo in sè stesso idôneo a fornire elementi rilevanti per l'accertamento di un fatto dedotto nel processo, e che l'ordinamento giuridico vieta di procurarsi o di utilizzare.” (p. 443). Mais adiante, ao tratar da ilicitude e da ilegitimidade, assevera: “Um divieto ha natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente allà logica e alle finalità del processo; um divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l'ordinamento riconosce ai singoli, independentemente dal processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un'illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito” (p. 470). E foi nesse sentido que Grinover assinalou: “... para evitar confusões terminológicas e conceituais, utilizaremos a linguagem de Nuvolone: a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação das normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius* à fonte de prova será ilicitamente colhida). Será nesse sentido mais restrito que nos referiremos às ‘provas ilícitas’” (op. cit., p. 67).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

69.7.³⁶ Desse modo, a obtenção de provas em desrespeito a tais disposições já permitiria qualificá-las de ilegais; porém, não é suficiente para torná-las, desde logo, inadmissíveis.

De qualquer modo, que normas são essas que constituem o padrão da legalidade probatória previsto para o Tribunal Penal Internacional (TPI)? Uma observação preliminar sobre o ECPI e sobre as normas internacionais de direitos humanos revela a afirmação de direitos ligados ao indivíduo em geral e justificados em face da necessidade de resguardo de uma esfera irredutível da dignidade humana – proteção à vida, à integridade física e mental, à liberdade, à intimidade, à igualdade etc. –, assim como de garantias judiciais dirigidas, em especial, aos acusados como forma de lhes assegurar o desenvolvimento de um processo justo – juiz imparcial, publicidade dos atos processuais, defesa técnica, direito à prova etc. Em um rigor técnico, os primeiros são denominados direitos e os últimos, garantias. A inter-relação entre ambos é íntima e, por vezes, tênue. Aliás, em última análise, as garantias judiciais se prestam à efetivação do direito à liberdade pessoal.

Nos vários documentos internacionais de direitos humanos que proliferaram no pós-guerra, os direitos individuais e as garantias judiciais, ao menos no plano formal, foram colocados lado a lado. Reconheceu-se, assim, a importância do respeito aos ditames de um devido processo penal como fator essencial para o desenvolvimento da dignidade humana. Dessa forma, os direitos humanos, amplamente considerados, compreendem tanto o núcleo de valores essenciais de toda a pessoa – os direitos propriamente ditos – quanto diversas outras garantias que asseguram a existência desses valores. A inserção de ambas em um mesmo documento da magnitude de uma declaração, ou mesmo de um tratado internacional de direitos humanos, além de resguardar a coesão do sistema jurídico revela a importância conferida, também, às garantias judiciais.

O padrão de legalidade probatória, estabelecido para o processo penal internacional é, portanto, o da subordinação e estrita observância dos direitos humanos. Isso porque os dispositivos constantes no Estatuto, alusivos às garantias processuais, transpõem, em grande parte, as normas já consagradas pelos documentos internacionais relativos à matéria, ou seja, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a CEDH e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Todos compõem o parâmetro da legalidade, ou seja, o fio condutor ao qual deverá se ater o julgador, auxiliado pelas partes processuais, no controle ético-jurídico da incorporação do material probatório.

³⁶ Art. 69.7: "Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible..." ("Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas...").

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ao menos nessa medida houve uma preocupação em se resguardar uma coesão entre os vários níveis protetivos dos direitos humanos. O TPI, por ser expressão de um consenso da comunidade internacional, deve submeter-se a um padrão de respeitabilidade da dignidade humana que também é imposto e exigido a cada um dos Estados nacionais integrantes dessa mesma comunidade.³⁷ O caminho em direção à verdade no processo penal internacional está, portanto, sinalizado pela necessidade de respeitabilidade dos direitos humanos. Não pode ser trilhado a qualquer custo, por mais nobres que sejam os valores lesados e protegidos pela norma material cuja aplicação é pretendida. Por isso, na tentativa de composição dos interesses antagônicos, representados pelo exercício do poder punitivo, de um lado, e pelo resguardo da dignidade do acusado, do outro, procura-se evitar a contaminação do processo com uma admissão indiscriminada das provas. A filtragem estabelecida pelo ECPI, ao menos em tese, se coaduna com o longo processo histórico de afirmação dos direitos humanos, impedindo, destarte, que uma cultura de menosprezo dos valores por eles tutelados seja perigosamente disseminada.

2.2. As provas ilícitas: admissibilidade

O reconhecimento da ilegalidade, contudo, não conduz, automaticamente, à inadmissibilidade do material probatório com a sua consequente exclusão. Aliás, esta decisão somente será tomada quando emanarem sérias dúvidas quanto à confiabilidade da prova obtida ou, ainda, quando a admissão puder afetar a integridade do processo ou causar-lhe grave prejuízo.³⁸ Fica evidente a preocupação do legislador do ECPI em evitar

³⁷ O argumento é de Christoph J. M. Safferling: *Towards an international criminal procedure*. New York: Oxford, 2003, p. 41: "This is so although the ICC exercises international jurisdiction which is primarily allocated to the international community. This community, however, consists formally of several states that create this international institution to perform this jurisdiction. Technically the national state that agrees to cooperate with the ICC gives up its power to adjudicate in the matters dealt with by this body. This originally national power was always limited by human rights. By transferring it to the international level it cannot suddenly lose these commitments. The international institution must therefore necessarily be under the same restraints as the national."

³⁸ Art. 69.7: 7. "Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if: (a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or (b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings." Em francês: "Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles : a) Si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ; ou b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité." ("Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas, quando: a) essa violação suscitar sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou b) sua admissão atentar contra a integridade do processo ou resultar em grave prejuízo deste"). A expressão "fiabilidade" não encontra correspondência no vernáculo. Provavelmente, foi transposta da versão espanhola "fiabilidad" o que remete às noções de confiabilidade e credibilidade.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

posturas radicais fundadas na plena admissibilidade ou, mesmo, na inadmissibilidade absoluta. Em síntese, do embate entre o meio proibido e a verdade por ele revelada, a última prevaleceria, desde que nos limites de uma certa suportabilidade de sacrifício dos direitos humanos.

Esta solução somente pode ser compreendida quando postos em exame os anseios da comunidade internacional na construção de uma Justiça Penal Internacional. Ou seja, a prevalência de uma visão estritamente técnica poderia conduzir a soluções fomentadoras do descrédito da via jurisdicional como opção desenvolvida e civilizada de superação dos conflitos atentatórios à segurança internacional. E um estado de desconfiança sobre a eficácia e utilidade da jurisdição penal internacional seria por demais perigoso, principalmente quando levado em consideração o frágil elo estabelecido em torno do TPI, que, a qualquer momento, poderia ser rompido. Na verdade, ao menos nas etapas iniciais de sedimentação dessa ordem, o nível de aceitabilidade fica em parte dependente do grau de efetividade com o qual esteja ela aparelhada para a solução dos conflitos, bem como de sua capacidade em preservar um estado de segurança, coibindo a perpetuação das hostilidades. Ao menos no presente estágio de desenvolvimento de tal ordem penal, a preocupação volta-se para a fixação de bases viáveis à construção de um edifício sólido, capaz de aglutinar a confiabilidade dos Estados nacionais em torno de um órgão jurisdicional independente e supranacional.

Foram estas, note-se, as premissas adotadas pela *Pre-Trial Chamber* quando da confirmação das acusações atribuídas a Thomas Lubanga Dyilo.³⁹ De fato, a defesa havia impugnado a admissibilidade de provas obtidas por ocasião da execução de busca e apreensão na residência de Lubanga por autoridades nacionais sem que aquele estivesse presente, em descumprimento, portanto, das exigências fixadas pelo artigo 33 do Código de Processo Penal do Congo. O vício, inclusive, tivera sido reconhecido pelo próprio Poder Judiciário congolês. A tese, no entanto, não foi acolhida pelo TPI.

Em primeiro lugar, rechaçou-se qualquer interpretação ampliativa do artigo 21(1) (c) do ECPI⁴⁰ que pudesse conferir força vinculativa aos julgamentos proferidos pelas

³⁹ Disponível em <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.pdf>>. Acesso em 10.02.2009.

⁴⁰ Article 21. Applicable law. "1. The Court shall apply: [...] (c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards" (Art. 21. Direito aplicável. "1. O Tribunal aplicará: [...] (c) na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retirar do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, desde que esses princípios não sejam

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

cortes nacionais. Para a *Pre-Trial Chamber*, são os princípios gerais de direito extraídos dos sistemas nacionais – e não as suas decisões –, que podem servir de fonte de direito, se, e somente se, não forem encontrados parâmetros normativos no ECPI, nos Elementos Constitutivos do Crime, no Regulamento Processual,⁴¹ assim como nos tratados e nos princípios e normas de direito internacional.⁴² Não obstante, o próprio artigo 69.8⁴³ do ECPI impede que o TPI se pronuncie sobre a aplicação do direito interno quando da solução de problemas relacionados com a relevância e a admissibilidade de provas, o que afastaria a eficácia automática da decisão proferida pelas cortes congoleesas.

De qualquer modo, o TPI não se esquivou do exame da legalidade dos procedimentos constritivos realizados pelas autoridades nacionais. Para tanto, a *Pre-Trial Chamber* examinou, inicialmente, os principais documentos internacionais de direitos humanos, destacando em todos o caráter não absoluto do direito à privacidade. Ou seja: as ingerências são plenamente admissíveis, desde que atendidos certos parâmetros. E no caso de Lubanga estes haviam sido respeitados. De fato, além de a ordem ter sido determinada por autoridade judicial aparentemente competente, não houve qualquer prova de que a execução tivesse sido pautada pelo emprego de violência ou por outras formas de abusos. Nesse cenário, a ausência de Lubanga quando da busca em sua residência, ainda que exigida pela legislação processual congoleesa, não poderia ser erigida ao grau de violação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Ocorre que o TPI foi mais além. Com respaldo na jurisprudência da Corte EDH, reconheceu, no princípio da proporcionalidade, uma medida capaz de permitir avaliações sobre a legalidade das ingerências ao direito à privacidade de modo que a manifesta desproporcionalidade *can be characterised as a violation on internationally recognised human rights*.⁴⁴ E foi justamente este o fundamento que levou ao reconhecimento da

incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.”).

⁴¹ Article 21. Applicable law. “1. The Court shall apply: (a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence...” (Art. 21. Direito aplicável: “1. O Tribunal aplicará: (a) em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual...”).

⁴² Article 21. Applicable law. “1. The Court shall apply: [...] (b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict...” (Art. 21. Direito aplicável: “1. O Tribunal aplicará: [...] (b) em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados...”).

⁴³ Article 69. Evidence. [...] “8. When deciding on the relevance or admissibility of evidence collected by a State, the Court shall not rule on the application of the State’s national law.” (Art. 69. Prova. [...] 8. O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado.”).

⁴⁴ Parágrafo 82 da decisão confirmatória da acusação de Lubanga. Ver nota 43.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

ilegalidade das buscas realizadas na residência de Lubanga. De fato, para a *Pre-Trial Chamber*, a medida alcançara centenas de documentos que sequer foram utilizados para respaldar a acusação, o que tornaria evidente o caráter indiscriminado da busca.⁴⁵

No entanto, a despeito da reconhecida violação do princípio da proporcionalidade e da declarada ilegalidade na obtenção da prova, não foi esta considerada inadmissível pela *Pre-Trial Chamber*. Em primeiro lugar, porque a ilegalidade não foi capaz de abalar a confiabilidade dos fatos demonstrados pelos documentos apreendidos. E, em segundo lugar, porque a violação à proporcionalidade não foi reputada grave o suficiente a ponto de comprometer a integridade do processo. E, para chegarem a esta conclusão, os juízes se valeram de um procedimento de ponderação entre os direitos do acusado, de um lado, e a luta contra a impunidade – *fight against impunity* –, do outro, e que, por sua vez, informaria as expectativas das vítimas e da comunidade internacional. E mesmo afirmando a ausência de um consenso no âmbito da jurisprudência internacional dos direitos humanos, os juízes reconheceram ser a posição majoritária aquela que admite a exclusão de provas apenas nos casos de violações sérias dos direitos humanos.⁴⁶

Contudo, a equiparação entre os julgados, como se verá, foi equivocada, porquanto inseriu no mesmo plano comparativo decisões que examinaram o descumprimento das normas internacionais de direitos humanos quando da obtenção de provas nos processos judiciais nacionais – no caso da Corte EDH –, e aquelas outras que avaliaram os limites de admissibilidade probatória no âmbito do próprio processo instaurado perante a própria Corte – como no caso das decisões do Corte IDH.

⁴⁵ Conforme parágrafo 81: “Accordingly, the Chamber finds that the search and seizure of hundreds of documents and items pertaining to the Situation in the DRC, conducted in order to gather evidence for the purpose of domestic criminal proceedings infringed the principle of proportionality sanctioned by the ECHR, first, because the interference did not appear to be proportionate to the objective sought by the national authorities and secondly, because of the indiscriminate nature of the search and seizure involving hundreds of items.” Ver nota 43.

⁴⁶ É o que se infere do seguinte trecho da decisão: “The Chamber recalls that in the fight against impunity, it must ensure an appropriate balance between the rights of the accused and the need to respond to victim’s and the international community’s expectations. According to a comparative study of various European legal systems, the issue of the admissibility of illegally obtained evidence raises contradictory and complex matters of principle. Although no consensus has emerged on this issue in international human rights jurisprudence, the majority view is that only a serious human rights violation can lead to the exclusion of evidence.” Daí a referência aos casos *Schenk v. Switzerland*, *Saunders v. United Kingdom*, *Khan v. United Kingdom* e *Van Mechelen and others v. The Netherlands*, todos julgados pela CEDH, assim como aos casos *Ivcher Bronstein*, *Castillo Paez*, *Loayza Tamayo* e *Paniagua* da CIDH, de acordo com a nota 97 da decisão confirmatória da acusação contra Lubanga.

3 ● A prova ilícita no sistema interamericano de proteção de direitos humanos

Há três pontos distintos de análise e que são aqui postos, exclusivamente, em razão do raciocínio desenvolvido no caso Lubanga. Com efeito, de um lado há que se considerar o procedimento probatório no processo instaurado perante a Corte IDH – em especial o grau de tolerância demonstrado por aquela Corte em face das ilegalidades cometidas quando da obtenção de prova. Em segundo lugar, há a delimitação do parâmetro de respeitabilidade dos direitos humanos fixado para os processos judiciais nacionais. E é justamente este que envolve um padrão internacional exegético de legalidade probatória que poderá servir de fonte para futuras decisões do TPI. E, por fim, porém não menos relevante, também serão alvo de análise as opiniões proferidas pela Comissão.

3.1. O procedimento probatório perante a Corte IDH

A liberdade na produção e na valoração do material probatório é uma característica marcante no processo conduzido perante a Corte IDH, como revela o seu próprio regulamento.⁴⁷ Com efeito, não há regras de exclusão probatória informadas pelo emprego de meios ilícitos de obtenção. Ao contrário: há uma clara flexibilidade do procedimento probatório e dos limites de tolerância, o que, diga-se de passagem, atende às próprias expectativas que cercam uma Corte internacional desenhada para a proteção dos direitos humanos. Afinal, o que se almeja é a responsabilização internacional dos Estados por tais práticas, o que não seria alcançado caso se exigisse o mesmo rigor formal que é imposto aos processos nacionais. É, note-se, o que ficou assentado quando do julgamento do caso Velásquez⁴⁸:

[...]

132. El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios, por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos.

⁴⁷ No intuito de alcançar uma maior sistematização, o Capítulo IV prevê regras para a produção probatória e que são fortemente marcadas pelo princípio de liberdade da prova – composto pelos princípios de liberdade do objeto da prova e liberdade do meio de prova.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

133. Esto, que es válido en general en los procesos internacionales, lo es más aún en los referentes a la protección de los derechos humanos.

134. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.

Este raciocínio se consolidou, sendo reiterado em diversas outras oportunidades, como nos casos *Loyaza Tamayo*⁴⁹ e *Paniagua*,⁵⁰ ambos de 1998. Já nos casos *Ivcher*⁵¹ e *Castillo Páez*,⁵² embora a instrumentalidade do processo tenha sido afirmada, o foi sob um viés punitivo, a ponto de não se admitir o sacrifício dos ideais da justiça por conta de “meras formalidades”,⁵³ representadas por eventuais omissões ou retardos.

Mas, foi no caso *Los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru* (2004)⁵⁴ que a Corte IDH se viu frente a um real questionamento sobre a ilicitude dos meios empregados na obtenção de prova. De fato, o Estado peruano impugnou a juntada, pelos representantes das vítimas, de cópias do processo penal conduzido no plano nacional, alegando terem estas sido obtidas independentemente de prévia ordem judicial. De maneira superficial, a Corte decidiu que a necessidade de realização da justiça não poderia ser sacrificada por conta de meras formalidades. É o que se infere do seguinte trecho ora destacado:

58. El sistema procesal es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin que por ello deje la Corte de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes. Este proceso, por ser tramitado ante un tribunal internacional, y por referirse a violaciones a los derechos humanos, tiene un carácter más flexible e informal que el seguido ante las autoridades internas.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acesso em 09.02.2009.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf>. Acesso em 09.02.2009.

⁵¹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em 09.02.2009.

⁵² Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em 09.02.2009.

⁵³ “Con respecto a las formalidades correspondientes al ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.”

⁵⁴ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

3.2. A prova ilícita e o sistema interamericano de proteção de direitos humanos: os paradigmas dados pela Corte IDH

A matéria não foi discutida com profundidade, sendo escassas as decisões em que a ilicitude probatória tenha emergido como questão central perante a Corte IDH. Dos poucos casos, indubitavelmente foi em *Lori Berenson Mejía vs. Peru* (2004)⁵⁵ que os juízes tomaram maior cuidado na análise dos efeitos processuais decorrentes das provas ilicitamente obtidas.

Sob o amparo dos Decretos-Lei 25.659 e 25.475, promulgados em meio a um cenário de convulsão social decorrente da prática de atos terroristas no Peru, Lori veio a ser detida, por membros da Dirección Nacional Contra el Terrorismo, no dia 30 de novembro de 1995, logo após sair de um imóvel. Foi conduzida novamente até o local quando, então, tomou conhecimento de que uma operação policial antiterrorista estava sendo ali executada.

Durante as investigações, Lori foi interrogada sem que pudesse contar com a assistência de um advogado. A sua residência foi palco de buscas sem que estivesse presente. Ademais, foi exibida perante os meios de comunicação e apresentada, publicamente, como uma das organizadoras do movimento terrorista Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Os atos processuais, concretizados perante a Justiça Militar, foram conduzidos nos termos da legislação em vigor, ou seja, perante juízes sem rosto e em audiências secretas. A defesa teve acesso aos autos somente durante duas horas e não pôde entrevistar-se com Lori livremente e com privacidade. A acusação, por sua vez, exibiu o vídeo em que Lori fora apresentada à imprensa, ocasião na qual teria ela admitido a sua vinculação ao grupo terrorista. Ao final, foi condenada à pena de prisão perpétua pelo crime de traição à pátria.⁵⁶

O processo, todavia, foi anulado pelo Supremo Tribunal Militar em razão do reconhecimento da incompetência jurisdicional. Os autos foram, então, remetidos à Justiça Comum, onde Lori foi, novamente, denunciada por envolvimento em atividade terrorista. Como prova, foram apresentadas as declarações, o auto de apreensão e as

⁵⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

⁵⁶ O juízo penal militar considerou provado que Lori era dirigente e líder do grupo MRTA e que teria se feito passar por correspondente de jornais internacionais para, assim, ganhar acesso ao Congresso da República do Peru. Assim agindo, teria fornecido informações para a realização do atentado contra este órgão. Ademais, teria comprado artefatos eletrônicos em benefício da causa, além de ter alugado um imóvel onde foram apreendidos uniformes e apetrechos terroristas.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

perícias remetidas pelo foro privativo militar. Na fase instrutória foram produzidas mais provas, tendo a defesa oferecido o vídeo em que Lori fora apresentada à imprensa como dirigente do MRTA.

Ao final, o juízo comum não acolheu as impugnações feitas pela defesa quanto à licitude da prova produzida perante a Justiça Militar. Para tanto, afirmou que a desconsideração de regras mínimas para o exercício da ampla defesa não seria suficiente para qualificar a prova de proibida. Entendeu, ademais, que a autoridade policial teria atuado com plena convicção do cumprimento de seu dever legal e sob o controle da autoridade jurisdicional militar, que até então era a competente para o caso. Lori foi, então, condenada à pena de vinte anos de prisão. Após sucessivos recursos, a CSJ do Peru confirmou a condenação e a pena atribuída.

A Comissão Interamericana levou o caso ao conhecimento da Corte IDH apontando, para tanto, a violação de diversas garantias judiciais no procedimento de obtenção de provas perante o juízo militar, o que impedia pudessem estas ser transpostas e valoradas pelo juízo comum. Argumentou-se que o empréstimo das provas não teria sido capaz de sanar o vício que as maculava, o que somente seria possível com a realização de novo procedimento probatório e perante o novo juízo. Por outro lado, segundo a Comissão a sentença condenatória proferida pelo juízo comum não teria sanado tais vícios, pois deixou de distinguir, em sua fundamentação, as provas lícitas daquelas obtidas ilicitamente. A Corte IDH, no entanto, não enfrentou com profundidade todos os questionamentos.

De fato, de um lado ateu-se ao exame das garantias judiciais, especialmente no processo conduzido perante a Justiça Militar. Aqui, reconheceu a violação das garantias do juiz natural, independente e imparcial. Lembrou a especialidade que cerca tal jurisdição, cuja competência se cinge ao julgamento de militares – e não de civis – e por força de faltas praticadas no exercício de suas respectivas funções.⁵⁷ Por outro lado, a duplicidade de funções – combate aos grupos subversivos e o julgamento dos supostos

⁵⁷ Nesse sentido: “141. Es necesario señalar, como se ha hecho en otros casos, que la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En ese sentido regulaba la jurisdicción militar el artículo 282 de la Constitución peruana de 1979, situación que fue modificada por el artículo 173 de la Constitución de 1993 (*supra* párr. 139). El traslado de competencias de la justicia común a la militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, como sucedió en el presente caso, supone excluir al juez natural del conocimiento de estas causas. La Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.”

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

autores – foram reputadas tarefas naturalmente incompatíveis, sendo fonte, portanto, de inegáveis prejuízos ao resguardo da imparcialidade.⁵⁸ Quanto à violação da presunção da inocência, a Corte IDH reconheceu a configuração do vício quando da apresentação de Lori aos meios de comunicação. Nesse ponto específico, socorreu-se dos precedentes da Corte EDH⁵⁹ para rechaçar qualquer uso de expedientes que pudessem levar a uma condenação pública de quem ainda é alvo de investigações criminais.⁶⁰

No exame dos procedimentos de obtenção das provas, a Corte IDH apenas reconheceu os vícios cometidos perante o juízo militar. Deixou de examinar, portanto, o grau de contaminação da nova persecução instaurada.⁶¹ Aliás, nesse ponto foi categórica. Além de não encampar a tese exposta pela Comissão, segundo a qual não seria possível distinguir os fundamentos probatórios utilizados pelo juízo comum, reconheceu cumprida a garantia do dever de motivação das decisões pelo Estado peruano.

Foi esse um dos pontos que levou ao voto dissidente proferido pela Juíza Medina Quiroga. Para a Juíza, a Corte IDH teria extrapolado os seus poderes ao apontar quais os elementos probatórios que teriam sido valorados pelas autoridades judiciárias peruanas. No seu entender, este tipo de análise afasta a Corte do papel que é próprio de um órgão jurisdicional internacional, aproximando-a de uma quarta instância jurisdicional. De qualquer modo, Quiroga afirmou ser impossível, dadas as características da sentença proferida pelas autoridades peruanas, identificar as provas que teriam servido de base para a nova condenação, razão pela qual outra não poderia ter sido a solução que o reconhecimento do desrespeito da garantia do devido processo também no segundo julgamento. Nesse sentido:

XXIV. Disiento de esto por dos razones. La primera es que estimo que la Corte no tiene facultades para distinguir entre pruebas y llegar a la conclusión de que para decidir la

⁵⁸ Nesse sentido: “145. En un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos.”

⁵⁹ Caso *Allenet de Ribemont vs. França*, julgado em 10 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em 25.02.2009.

⁶⁰ Nesse sentido: “160. El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.”

⁶¹ Nesse sentido: “La Corte considera que las pruebas del primer grupo son inadmisibles, tomando en cuenta las circunstancias en que se produjeron. Al mismo tiempo este Tribunal advierte que existe, como se ha dicho y acreditado, material probatorio aportado en el curso del proceso ordinario, conducente a establecer los hechos materia del juicio y la sentencia correspondiente. Desde luego, la Corte no se pronuncia acerca de la eficacia de dichas pruebas en el caso concreto, asunto que corresponde a la jurisdicción interna.”

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

culpabilidad de la señora Berenson sólo se utilizaron en la sentencia de la Sala Nacional de Terrorismo las pruebas del proceso ante el fuero común. Esto constituye, en mi opinión, una transformación de la Corte Interamericana en un tribunal de cuarta instancia, lo que no le está permitido, tanto por las normas que la rigen como por su propia jurisprudencia ya mencionada. La segunda razón es que hacer ese ejercicio de distinción en este caso es imposible, dada la manera cómo se estructura la sentencia penal en el Perú, que no señala taxativamente los medios de prueba que se utilizan para llegar a concluir qué hechos se dan por probados y cuáles no.

XXV. Estimo, en consecuencia, que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana al permitir la introducción de pruebas en el proceso ante el fuero común que no eran válidas por no haberse cumplido con las exigencias mínimas de dicha disposición; que debió declararse que, adoleciendo el segundo juicio realizado en contra de la señora Berenson de una falla substancial en materia de debido proceso, la sentencia no tenía validez y la prisión de dicha señora carecía de justificación. La reparación debió haber sido la liberación de la señora Berenson.

De qualquer modo, a ausência de um exame mais aprofundado sobre a violação de direitos humanos quando da obtenção de material probatório também se fez sentir no *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Peru*.⁶² A despeito dos registros de que documentos teriam sido apreendidos em poder de Garcia Asto por ocasião de sua detenção ilegal, executada por policiais da Dirección Nacional Contra el Terrorismo e também em razão de buscas realizadas em sua residência, independentemente de prévia ordem judicial, a Corte IDH não se pronunciou a respeito, deixando, assim, de fixar importantes paradigmas sobre a respeitabilidade do direito à privacidade.

A ilegalidade da prisão, tema recorrente na Corte IDH, foi retomada no caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*,⁶³ porém sob o viés de insuficiência de material probatório. Colombiano, Calderón foi detido por autoridades aduaneiras equatorianas na posse de uma mala que, supostamente, continha pó de cocaína. Foi preso e assim mantido por cinco anos. As autoridades, no entanto, não cumpriram os procedimentos previstos na legislação nacional para confirmação da materialidade delitiva, o qual exigia um relatório do Departamento Nacional de Controle e de Fiscalização de Estupefacientes. A ausência de justa causa, obviamente, não passou despercebida pela Corte IDH que, dessa forma, afirmou a ilegalidade da custódia em face da inexistência de prova. Mas não é

⁶² Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

⁶³ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em 25.02.2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

só. Também reconheceu a ilegalidade da forma como o interrogatório policial teria sido conduzido, vale dizer, sem a assistência de advogado ou mesmo de autoridades consulares. Aqui a Corte reconheceu a violação da garantia da ampla defesa e, por conseguinte, a imprestabilidade do interrogatório.⁶⁴

3.3. Provas ilícitas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Já na Comissão Interamericana, interessante questão aportou no caso *Arley José Escher e outros* (2007)⁶⁵ envolvendo o resguardo do direito à privacidade com relação aos procedimentos de interceptação das comunicações telefônicas concretizado por autoridades brasileiras.

Com efeito, de acordo com a Comissão, após a provocação da Polícia Militar⁶⁶ – que não detinha atribuição constitucional para promover investigação criminal –,⁶⁷ a Justiça Estadual do Paraná, de forma singela e sem qualquer fundamentação, teria deferido a interceptação de uma linha telefônica instalada na sede da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda., com o objetivo de apurar ilícitos penais relacionados com a invasão de terras promovida pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Além da ausência de qualquer fundamentação, segundo a Comissão, a medida teria alcançado uma outra linha telefônica além daquela especificada no requerimento policial e prolongou-se por tempo superior ao previsto em lei.⁶⁸ Como se não

⁶⁴ Nesse sentido: "A su vez, la Corte observa que el señor Acosta Calderón, como detenido extranjero, no fue notificado de su derecho de comunicarse con un funcionario consular de su país con el fin de procurar la asistencia reconocida en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. El extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. En este sentido, la Corte también ha señalado que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo. La inobservancia de este derecho afectó el derecho a la defensa del señor Acosta Calderón, el cual forma parte de las garantías del debido proceso legal."

⁶⁵ <<http://www.cidh.org>>. Acceso em 25.02.2009.

⁶⁶ Órgão integrante do sistema de segurança pública, incumbido da polícia ostensiva e da preservação da ordem pública.

⁶⁷ De acordo com o disposto no art. 144 da CF do Brasil, compete à Polícia Civil dos Estados a investigação de infrações penais, a exceção daquelas de natureza militar e daquelas de competência da Polícia Federal, incumbindo à Polícia Militar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

⁶⁸ Conforme preceituado pelo art. 5º, XII da CF do Brasil, o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas é inviolável, salvo neste último caso, por ordem judicial

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

bastasse, trechos das conversas interceptadas, que deveriam ser mantidas em sigilo, foram divulgadas em rede nacional de televisão.

A Comissão entendeu que todo o procedimento, incluindo, a decisão judicial, havia sido “ilegal”, “ilegítimo” e “inválido”.⁶⁹ Em primeiro lugar, pela usurpação de atribuição constitucional por parte da Polícia Militar que, no seu entender teria promovido atos próprios de investigação criminal, os quais lhe eram estranhos. Em segundo lugar, pela absoluta ausência de fundamentação da ordem judicial. E, finalmente, pelo prolongamento da medida por prazo superior ao previsto pela legislação brasileira, sem qualquer justificativa razoável.

Segundo a Comissão, todos os atos representaram clara afronta ao direito de proteção da honra e da dignidade previstos pelo artigo 11 da Convenção Americana,⁷⁰ o qual assegura o respeito da privacidade contra ingerências estatais arbitrárias. Todavia, restrições, desde que razoáveis e adequadas com os ditames da Convenção, seriam perfeitamente admissíveis. E, nesse ponto, a Comissão socorreu-se de precedentes da Corte EDH para delimitar o parâmetro de razoabilidade das interceptações telefônicas. Dessa forma, tais medidas somente poderiam ter lugar quando presentes dados fáticos e indícios suficientes que permitissem supor que alguém iria cometer, ou estaria prestes a cometer, alguma infração penal de natureza grave (*Klass v. Alemanha, 1978*⁷¹ e *Lüdi v. Suíça, 1992*⁷²). Mas não foi só. A Comissão também considerou a necessidade de que as leis regulamentadoras fossem claras e detalhadas, não abrindo margem para dúvidas ou aberturas. (*Kruslin v. France, 1990*).⁷³

na forma a ser estabelecida pela legislação infraconstitucional. A matéria foi regulamentada pela Lei 9.296/96, cujo art. 5º exige decisão judicial fundamentada fixando o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período, desde que demonstrada a indispensabilidade da medida.

⁶⁹ Conforme expressamente afirmado no parágrafo 90: “En suma, la solicitud de autorización para la interceptación de una línea telefónica; la orden emitida por la autoridad judicial en relación com dicha solicitud; y la implementación de tal orden fueron ilegales, ilegítimas e inválidas. Además, la interceptación se efectuó tambien respecto de otra línea telefónica sin que mediara solicitud ni orden de autoridad; y respecto de ambas líneas telefónicas se extendió más allá del tiempo legalmente permitido.”

⁷⁰ Art. 11.2: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

⁷¹ <<http://cmiskp.echr.coe.int>. Acesso em: 25.02.2009.

⁷² <<http://cmiskp.echr.coe.int>. Acesso em: 25.02.2009.

⁷³ <<http://cmiskp.echr.coe.int>. Acesso em: 25.02.2009.

4 • Conclusões

1. A proibição de incorporação processual do material probatório obtido ilícitamente é medida que integra a complexa engrenagem da cultura de respeitabilidade dos direitos humanos. A afirmação de importantes direitos estaria seriamente comprometida caso o Estado pudesse valer-se de meios e de expedientes ilícitos. Mesmo assim, a maior ou menor tolerância por parte dos diferentes sistemas jurídicos está diretamente relacionada com o humor político do Estado. Dessa forma, onde o comprometimento com os valores da dignidade humana for mais sensível, maior será o rigor nas regras de exclusão. De qualquer modo, verifica-se uma clara tendência por parte de diferentes sistemas jurídicos de abrandamento da inadmissibilidade processual absoluta das provas ilícitas. E é justamente nesse contexto que se inserem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além do critério da boa-fé policial.

2. A despeito do evidente vínculo entre a inadmissibilidade das provas ilícitas e o respeito aos direitos humanos, os diferentes tratados internacionais sobre a matéria não incorporaram regras expressas de exclusão em um claro sinal quanto à falta de consenso no trato da questão. Explica-se, assim, a recusa da Corte EDH de fixar parâmetros de admissibilidade, relegando tal papel aos próprios sistemas nacionais.

3. Nesse cenário, o sistema desenhado para o TPI é revelador de uma solução de consenso que procurou evitar posturas rígidas. O padrão da legalidade é informado pelo próprio ECPI e também pelas normas internacionais de direitos humanos. No entanto, o desrespeito de tais regras quando da obtenção das provas não induz automaticamente à exclusão do material. É nesse ponto que um espaço de ponderação é aberto aos julgadores. Ou seja: as provas somente serão excluídas quando o resultado por elas revelado não for confiável ou quando a incorporação importar em grave prejuízo à integridade do processo.

4. Fica claro, portanto, o receio do legislador do ECPI de que posturas normativas rígidas pudessem levar ao descrédito da própria ordem penal internacional. Daí a concessão de um campo de liberdade de ponderação aos julgadores. O objetivo é que o próprio TPI avalie os limites da suportabilidade processual da violação dos direitos humanos, construindo, dessa forma, paradigmas que possam ser reexaminados sempre que o contexto histórico e político assim o exigir.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

5. No caso Lubanga, ao enfrentar a impugnação defensiva quanto à incorporação de documentos obtidos em uma busca domiciliar que não teria atendido a todos os requisitos da lei processual congoleza, o TPI afirmou a ilicitude após concluir que a medida havia extrapolado o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, ainda que não expressamente declarado nos documentos internacionais de direitos humanos, o TPI, com respaldo na jurisprudência internacional, reconheceu, em tal princípio, uma medida capaz de permitir avaliações sobre a legalidade de ingerências ao direito à privacidade.

6. Ocorre que a reconhecida ilegalidade não foi reputada suficientemente capaz de afastar a incorporação das provas impugnadas. E, nesse caminho, ao buscar apoio na jurisprudência internacional, ao menos aquela oriunda da Corte IDH, o TPI não foi feliz. Isso porque os casos citados se referem ao padrão probatório imposto por aquela Corte aos processos ali instaurados. Não envolvem, portanto, a discussão de violação dos direitos humanos pelos Estados nacionais quando da obtenção de provas nos processos internos.

7. Nesse ponto, é importante frisar o equívoco metodológico na incorporação daquela jurisprudência oriunda do Corte IDH. Afinal, os objetivos de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos não se confundem com o papel do TPI. De fato, enquanto o primeiro julga a responsabilidade internacional dos Estados, o segundo enfrenta a responsabilidade penal internacional de indivíduos. Lá estão em jogo, fundamentalmente, interesses patrimoniais, além da imagem internacional do Estado. Aqui é a liberdade da pessoa que é posta em discussão diante da perspectiva de imposição de uma pena privativa de caráter perpétuo. Natural, portanto, que a defesa dos direitos e das garantias individuais assumam uma proporção maior, o que diminuirá, por consequência, o nível de tolerância quanto ao emprego de métodos ilícitos de obtenção de provas.

8. A bem da verdade, o caminho deveria ser outro, qual seja: a identificação de um parâmetro internacional de suportabilidade de violação dos direitos humanos quando da obtenção e produção de provas. Daí a importância do papel desempenhado pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Afinal, estes os órgãos conferem uma certa uniformidade na interpretação regional de suas respectivas Convenções.

9. A jurisprudência da Corte IDH, no entanto, é escassa nessa matéria. Com efeito, no único caso a merecer destaque – *Lori Mejía vs Peru* – a ilegalidade probatória foi afirmada como uma decorrência do reconhecimento da violação das garantias do juiz natural, independente e imparcial. Estranhamente, contudo, a maioria dos julgadores não reconheceu a imprestabilidade da prova, de modo que foi ela transposta do juízo militar ao juízo comum como se fosse possível remediar um vício de origem.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

10. A ausência de um critério definido sobre a temática das provas ilícitas por parte da Corte IDH aumenta as expectativas que cercam o caso *Arley José Escher v. Brasil*. Afinal, a Comissão Interamericana examinou os procedimentos que cercaram a interceptação de comunicações telefônicas apontando uma série de irregularidades, dentre as quais o descumprimento da garantia de motivação das decisões judiciais. É possível que eventual decisão estabeleça importantes critérios na fixação de limites para as restrições ao direito à privacidade, especificamente na inviolabilidade das comunicações telefônicas.

11. De qualquer modo, na aplicação do artigo 69.7 do ECPI, o TPI deve socorrer-se de decisões que efetivamente examinem os efeitos processuais decorrentes da violação dos direitos humanos quando da obtenção de provas. Afinal, são estas as reais fontes de interpretação das normas internacionais de direitos humanos, e não aquelas que ditam o regime probatório para os processos conduzidos perante as Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Bibliografía

- ABBAGNANO, Nicola: *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ANDRADE, Manuel da Costa: *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- BELL, Cedric D.: *Evidence*. 8. ed. London: HLT, 1996.
- CAFFERATA NORES, José I.: “Los frutos del árbol envenenado”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 9, n. 33, p. 491-496, 1986.
- CAMPBELL BLACK, Henry: *Black's law dictionary*. 6.ed. St. Paul: West, 1991.
- Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília: Senado Federal, 1988.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), de 22 de noviembre de 1969. <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2> (25.2.2009).
- Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, <http://www.planalto.gov.br> (5.4.2004).
- DÍAZ CANTÓN, Fernando: “Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba”. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A.
- European Convention on Human Rights, Rome, <http://www.echr.coe.int> (25.02.2009).
- GONZALEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990.
- HAIKABEDIÁN, Maximiliano: “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002.
- GÖSSEL, Karl-Heinz: “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa: Aquitas, ano 2, fasc. 3, jul-set., 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini: *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- KAPLAN, John, Jerome H. SKOLNICK e Malcom M. FEELEY: *Criminal justice: introductory cases and materials*. 5. ed. New York: The Foundation, 1991.
- LAFAVE, Wayne R., e Jerold H. ISRAEL: *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992.
- MAIER, Julio Bernardo J.: “Inviolabilidad de domicilio”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 8, n. 29, p. 59-117, 1985.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

- MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MINVIELLE, Bernadette: “Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 10, n. 37, p. 295-315, 1987.
- MOLE, Nuala, e Catharina HARBY: *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en oeuvre de l’ article 6 de la Convention européenne des Droits de l’ Homme*. [S.l.]: Conseil de Europe, [199?].
- NUVOLONE, Pietro: “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”. *Rivista Diritto Processuale*, Pádua, v. XXI, p. 442-475, 1966.
- ROTHSTEIN, Paul F., Miran S. RAEDER e David CRUMP: *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997.
- Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, <<http://www.icc-cpi.int/>> (25.02.2009).
- Rules of Procedure and Evidence, New York, 10 September 2002, <<http://www.icc-cpi.int/>> (25.02.2009).
- SAFFERLING, Christoph J. M.: *Towards an international criminal procedure*. Nova York: Oxford, 2003.
- STONE, Richard: *Exclusion of evidence under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: practice and principles*. Disponível em <<http://webjcli.ncl.ac.uk/articles3/stone3.rtf>>. Acesso em 10.02.2009.
- TROCKER, Nicolò: *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão: Giuffrè, 1974.