

PROVAS ILÍCITAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO SEU USO

Marcelino Trajano da Silva¹

José Albenes Bezerra Júnior²

RESUMO

Este trabalho envolve o estudo de provas ilícitas usadas no processo penal, cuja execução é realizada sem observância das suas consequências jurídicas, em alguns casos, transparecendo a imagem do poder estatal em desrespeito aos direitos individuais da intimidade e privacidade dos cidadãos ora investigados. Há uma elucidação dos crimes, principalmente os de maior repercussão como resposta a sociedade, tendo maior credibilidade junto a população. Assim, será analisada a prova ilícita de uma face do direito, a saber: os benefícios destas provas para a sociedade em relação a todo tipo de crimes como os macro crimes contra a economia ou os crimes violentos. A sociedade acredita que o “crime é monopólio do pobre” e essa falsa informação é combatida com os escândalos no topo da pirâmide das classes. Hoje, é de fundamental importância alguns tipos de ferramentas capazes de combater a criminalidade, porém os efeitos só seriam observados, se essas provas fossem usadas em favor da coletividade, sendo importantes nesta linha de pensamento as interceptações telefônicas, a quebra do sigilo bancário ou a quebra do sigilo fiscal. Porém, há uma resistência na solução do problema. Por isso este trabalho traz um misto entre essas duas idéias opostas que juntas poderiam ajudar o meio coletivo a defender-se da delinquência. Para isso, seria necessária a evocação do princípio da proporcionalidade e nesse nexo entre os direitos e garantias fundamentais a intimidade e privacidade com a ilicitude dessas provas.

Palavras-chave: provas. processo penal. poder do Estado. interceptação telefônica. quebra de sigilo bancário.

ABSTRACT

This work involves the study of illegal evidence used in criminal proceedings, which shall be carried out without compliance with its legal consequences, in some cases, showing through the image of state power in violation of individual rights of privacy and privacy of citizens now investigated. There is a clarification of crimes, especially those with the greatest impact in response to society, with greater credibility with the population. Thus, we analyze the proof of an illicit side of the law, namely the evidence of these benefits to society in relation to all types of crimes such as crimes against the macro economy or violent crimes. The company believes that "crime is a monopoly of the poor" and that false information is fought with the scandals at the top of the pyramid of classes. Today, it is of fundamental importance some types of tools to fight crime, but the effects would only be observed if such evidence were used in favor of the community, are important in this line of thought the telephone intercepts, the breach of bank secrecy or breach of tax secrecy. However, there is resistance in the solution of the problem. Thus, this study brings a mix between these two opposing ideas together that could help the collective means to defend themselves from crime. To do so would require the

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, E-mail: marcelinotrajano@far.br

² Professor Orientador do curso do artigo pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, E-mail: jalbens@hotmail.com ¹ Graduando em Direito pela FARN

invocation of the principle of proportionality and that the link between fundamental rights and guarantees intimacy and privacy with the illegality of such evidence.

Keywords: evidence. criminal procedure. state power. telephone interception. breach of bank secrecy.

1. INTRODUÇÃO

O direito, neste país, passa por um conturbado momento de conflito de leis dentro do seu emaranhado jurídico. Porém, devem-se priorizar, numa interpretação, normas que assumem o topo da pirâmide jurídica, é o caso da Constituição Federal. Nesta Carta Superior, existem dispositivos que estabelecem direitos e garantias fundamentais, por exemplo, que estão nos primeiros artigos de tal livro, e há então um verdadeiro escudo do cidadão no que se refere a esses direitos, como a inviolabilidade do domicílio, ou o resguardo da intimidade das pessoas. No entanto, não há no direito “o absoluto” que possam garantir cem por cento de aplicabilidade de um determinado direito, por isso, por mais que venham a ser garantidos pela Lei Maior, pode haver exceção trazida do próprio topo da pirâmide. É partindo deste princípio, que nenhuma norma é absoluta, que será traçado uma linha de raciocínio “em favor da sociedade” para se fazer uso de princípios constitucionais “o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade” para usar provas ilícitas para o favorecimento da sociedade, pois que esse tipo de prova é proibido no ordenamento jurídico vigente, salvo se em favor do réu para que ele possa provar sua inocência. Veja que, ao se tratar de verdade real no processo penal, não deve-se tentar chegar a uma verdade a qualquer preço momento quando esse preço é o sacrifício de direitos.

Mediante tamanha explosão da criminalidade, em todo país, atualmente, o Estado teria esta ferramenta preciosa, as provas ilícitas, em suas mãos para combater este mal, pois que, seria bem mais eficaz, uma vez diminuiria a burocracia no que diz respeito às investigações dos mais variados tipos de crimes, do delito mais violento ao delito do colarinho branco.

Todavia, isso é um assunto de fundamental importância para ser discutido e analisado, haja vista estão envolvidos preceitos fundamentais dos direitos humanos, e principalmente porque o Brasil é um dos países que tem tratados internacionais que confirmam tal posição em relação aos direitos humanos.

O tema se desenvolve pela método dialético baseado nos variados posicionamentos da doutrina e da jurisprudência. A pesquisa se faz pela doutrina, legislação e jurisprudência que analisam e descrevem posicionamentos pertinentes sobre o tema, utilizando livros, jornais e a

internet como ferramenta e fonte para a realização dos objetivos traçados. Assim como a Lei, artigos científicos, Processos conclusos e em andamento e Internet.

2. EXPLOÇÃO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

2.1 A CRIMINALIDADE ATUAL

Hoje, vive-se a chamada fobia da criminalidade em todo país, para fundamentar esse posicionamento algumas classes sociais e principalmente a imprensa tem imposto o famoso monopólio do crime, que aqui aparece em face do pobre, pois é assim que é passado, crime é coisa de pobre.

Nas primeiras paginas dos jornais de notícias policiais entre outros meios de comunicação, assim como as diversas camadas sociais, existe essa idéia de que o crime é dominado pela pobreza. Nesse sentido, a criminalidade e a violência são relacionadas à temática da questão social devido a alguns fatores que caracterizam a existência de uma inter-relação entre estas problemáticas. Para embasar a opinião da elite, eles dão exemplos como, o perfil dos criminosos que, reforçando a associação entre a pobreza e a criminalidade, denuncia que estes indivíduos geralmente são analfabetos, trabalhadores braçais e em muitos casos de cor negra, pelos menos aparentemente. Assim, quanto à questão social o que é pertinente e constitui um dos alicerces fundamentais para este estudo, sendo, também, expressão da questão social, encontram-se a violência e a criminalidade. Mas, quando se enfatiza muito esse tipo de crime, por outro lado, há uma omissão quanto aos macro-crimes, as cifras negras e todos os crimes do colarinho branco, pois estes são executados por quem está no topo da pirâmide, em algumas situações por quem faz a lei que puni o criminoso.

2.2 CRIMES CONVENCIONAIS E NÃO-CONVENCIONAIS

Dentre os vários conceitos de crimes Jorge da Silva faz uma distinção importante entre delitos que envolvam violência e os de colarinho branco para que fique mais transparente sua idéia veja o que ele diz dos crimes convencionais:

Os crimes que mais aterrorizam a população são os chamados crimes violentos e os crimes de sangue. As pessoas aceitam outros tipos de crimes e contravenção na doce ilusão de que estes nada tenham a ver com aqueles. É o caso do lenocínio, da pornografia, do jogo, da venda e do consumo de tóxicos, chamados de delitos do prazer ou delitos; do furto de automóveis,

do estelionato, e das quadrilhas que se organizam para enganar os incautos; das clínicas e escritórios fantasmas; da receptação de ouro, jóias e etc. (note que ainda não estamos falando do crime de colarinho branco) (SILVA, 2003. p. 06)

Temos então, de um lado, uma preocupação absoluta dos crimes contra a vida e a integridade física, e do outro uma preocupação dos crimes que envolvam violência, pelo Menos aparentemente.

Ora se os dois aspectos são indissociáveis, parece que não há alternativa que não a de considerar esses crimes, os graves e os aparentemente menos graves, como ameaçadores de nossa vida e de nossa integridade física e moral. Condescender com uns significa estimular os demais.

Alem dessa preocupação geral, de toda população, com os chamados crimes de sangue e violentos, o que faz condescender com os crimes não violentos, há que considerar o efeito deletério junto à população da cegueira do sistema criminal aos chamados delitos não-convencionais, isto é, aqueles delitos que só podem ser perpetrados por pessoas de alto status sócio-econômico e político. As acrobacias dos legisladores patrícios, ora para excluir estes tipos de delitos dos estatutos penais, ora para atribui-lhes penalidades insignificantes, como, por exemplo, uma simples multa já começa a ser percebidas por toda população. Alem disso, mesmo com relação aos crimes convencionais (em especial, crimes contra a pessoa), todos sabem que a própria lei penal e os recônditos intrincados da justiça criminal brasileira proporcionam mecanismos hábeis e suficientes para que estas pessoas, em sua maioria, permaneçam impunes.

A terminologia citada por Silva de crime convencional não-convencional é de fundamental importância veja o que ele diz:

esta distinção entre criminalidade convencional e não-convencional é importante para que se possa, diante dos dados estatísticos do sistema criminal, determinar o nível de eficácia do mesmo, aferindo-se a extensão das duas modalidades de crimes e sua relação com os criminosos presos O Silva, 2003, p. 07).

3. A TERMINOLOGIA, CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE PROVA

Termo oriundo do latim, prova é “probatio”, significa verificação, ensaio, exame, inspeção.

Nucci traz três sentidos para o termo prova:

Primeiro como sendo o ato de provar, seria a verificação da exatidão ou verdade do fato alegado ao processo, sendo na fase probatória; o segundo como meio, que é o instrumento usado para se provar; e o terceiro, resultado da ação de provar, seria o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecida, demonstrando a verdade de um fato (NUCCI, 2008, pag. 388).

O conceito de prova é por demais diverso no direito processual, face à sua múltipla utilização, pois prova, significa “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente (Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa).

No campo jurídico, conceitua-se prova como sendo no meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

Veja o que diz o renomado autor Rangel em sua obra: Direito Processual Penal, sobre o assunto:

A prova, assim, é verificação do thema probandum e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa (Rangel, 2009, pag.419).

Sua natureza jurídica (da prova) segundo Rangel “é de um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos...”(Rangel, 2009, pag.424).

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Durante ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, “experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção de verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses) na idade média em que o acusado se submetia a determinadas provação física (ou suplicio), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade”(Oliveira, 2006, pag. 285), até a introdução da racionalidade nos meios de prova.

Tourinho Filho cita os seguintes exemplos de sistemas ordálico: “havia a prova de água fria: jogando o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse a tona seria culpado [...] A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente, se se queimasse sua culpa seria manifesta. [...]”(Tourinho Apud Oliveira, 2006, pag. 285).

De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração.

A verdade também é um termo no mundo do direito e quando se trata de direito penal esta é denominada de verdade real dos fatos, princípio do processo penal, Nucci classifica o termo verdade em outras duas formas, “no processo penal tem-se a denominada verdade material, real ou substancial. Agora, conheça o conceito de verdade consoante o pensamento de Malatesta conforme Nucci, “que a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, que provoca um estado subjetivo de espírito ligado a um fato” (NUCCI, 2008, p. 388).

Conforme Grinover, autora de as nulidades no processo penal, diz que o termo de prova tem três acepções:

Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. e terceiro, aponta para os meios de prova (Grinover, 2001, p. 120).

Sintetiza de forma irreprochável o mestre Júlio Mirabete:

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo (MIRABETE, 2007, p. 249).

Compõe-se de recursos diretos ou indiretos que são usados no processo para se chegar a verdade dos fatos. Dividem-se em lícitos e ilícitos, o primeiro são os meios aceitos pelo ordenamento jurídico, e o segundo são os contrário ao ordenamento jurídico. Tem também como classificação o objeto e o sujeito.

Quanto ao sujeito a prova pode ser real ou pessoal, sujeito da prova é a pessoa ou a coisa de quem ou de onde promana a prova.

Prova pessoal é toda a afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados. Assim, a testemunha que narra os fatos assistiu e o laudo cadavérico assinados por dois peritos oficiais são exemplos de provas pessoais, pois a afirmativa emana da pessoa.

Esta prova (quanto ao sujeito) pessoal pode ser, também, direta ou indireta. Assim, quando uma pessoa prestar depoimento dizendo ter visto pessoa X efetuando disparos de arma de fogo contra pessoa Y, seu depoimento incide imediatamente sobre o fato probandum: a

morte de Y. Todavia, se esta mesma testemunha diz ter visto pessoa X correndo do local do crime no dia e hora em o mesmo foi praticado, porém sem tê-lo visto atirar, há aí uma prova pessoal indireta

Prova real é aquela originada dos vestígios deixados pelo crime. Ou seja, é a prova encontrada na “res”, não necessariamente no objeto material do crime, mas, sim, em qualquer coisa que tenha vestígio do crime. Assim, o ferimento na vítima, o arrombamento na fechadura no furto, a roupa ensangüentada da vítima, o sangue na parede onde o fato ocorreu e a faca do crime são exemplos de prova real. Pode ser, também, direta e indireta. Prova real direta existe quando a análise recai sobre a própria coisa. Exemplo é a carta usada para difamar alguém. Nesse caso, o escrito é a comprovação do próprio fato em si: a difamação. Prova real indireta há quando se chega ao fato probando por meio de raciocínio lógico.

4 PRINCÍPIOS DA PROVA

Rangel traz em sua obra, *Direito Processual Penal*, três princípios próprios da prova. O primeiro é o princípio da comunhão da prova, que significa a participação comum das crenças, idéias e interesses. Referindo-se à prova, portanto, quer dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levado apenas por uma deles, a lei 11.719/08 excepciona a prova testemunhal: se o Ministério Público arrola uma Pessoa X como testemunha, pode desistir de sua oitiva sem consentimento da parte contrária e vice-versa, salvo o juiz que poderá ouvir a testemunha se quiser (art. 401, §2º, do CPP).

A lei coloca uma prevalência do magistrado sobre as partes, possibilitando-o ouvir quem ele quiser mesmo se as partes desistirem da oitiva. É a gestão da prova que ainda está em suas mãos violando o princípio do acusatório.

Veja o diz Rangel sobre o assunto: “o princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico-processual, pois as partes, afim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado aos autos” (Rangel, 2009, pag. 424).

O segundo é o princípio da liberdade da prova, diz que o juiz deve sempre buscar a verdade dos fatos que lhe são apresentados, pelo obvio do nome do princípio, o juiz tem toda liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível.

Assim, na busca da verdade, deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, a ele pertence; porém, sua atuação encontra limites previstos em lei.

A liberdade da prova, portanto, não é absoluta, pois muitas vezes o juiz estará coarctado em sua pesquisa sobre a verdade dos fatos. O fundamento desta limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

Nesse princípio há quatro limitações: primeira limitação, prova de estado civil, pois a prova do estado civil das pessoas está sujeito às limitações imposta pela lei civil (CF, art. 155, parágrafo único, do CPP); segunda limitação, questões prejudiciais, é aquilo que deve ser julgado antes, previamente, desta forma, as questões prejudiciais são as discussões que surgem no curso do processo e que devem ser julgadas antes do julgamento da questão principal; a terceira limitação é o crime falimentar, não é lícito ao juiz pesquisar se a sentença declaratória de falência é nula ou não; e a quarta limitação é o segredo profissional, está previsto no art. 207 do CPP, tornando inadmissível o depoimento de pessoas que devam guardar segredo, bem como a apreensão de documento em poder do defensor.

O terceiro é o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, e diz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Este princípio está previsto no artigo 157, parágrafos 1º, 2º e 3º do Código do Processo Penal e também inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal.

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado democrático de Direito que não admite a prova de fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hordiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, concedidos (efetivados).

5 PROVA ILÍCITA, ILEGÍTIMA E IRREGULAR

A vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário, diferença entre as duas: será prova ilegítima quando a ofensa for ao direito processual, e será ilícita quando a ofensa for ao direito material.

São provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio (CF. art. 5º, XI, da CRBF) ou ao sigilo comunicações telefônicas, sem ordem judicial (CF. art. 5º, XII, da CRBF c/c art. 1º da Lei nº 9.296/96); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (CF. art. 5º, III, da CRBF).

São provas ilegítimas v.g., as obtidas com violação ao disposto no artigo 207 c/c 210 c/c 226 c/c §2º do artigo 243, todos do CPP.

São irregulares as provas que não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer dizer, embora a lei processual admita (não proíba) um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas.

Nesse último caso serão irregulares. Exemplo: a busca e apreensão domiciliar é permitida (CF. art. 5º, IX, da CRBF c/c art. 240 do CPP), porém mandado deve conter todos os requisitos legais exigidos no art. 243 do CPP. Se no mandado constar que objeto a ser apreendido é uma arma de fogo não poderá ser apreendida uma camisa suja de sangue nem qualquer outro instrumento que não conste no mandado, sob pena de colheita de prova irregular. Do contrário, de nada vale a regra constitucional da inviolabilidade de domicílio.

Se do mandado constar a apreensão de uma arma de fogo na residência de uma pessoa X, não poderá haver busca e apreensão na residência do lado, pertencente a pessoa Y, por exemplo. Se houver, a prova será ilícita, pois não há mandado para ingressar no domicílio da pessoa Y, no obstante haver notícia fidedigna de que a arma lá se encontra. Nesse caso, não que se falar em flagrante delito. Se assim fosse, não haveria necessidade de mandado e, caso a arma lá não o estivesse (na casa da pessoa Y) tudo se resolveria só com pedido de desculpas? Não é assim que está escrito art. 5º, XI da Constituição Federal.

Do mesmo modo não pode haver mandado de busca e apreensão coletivo e genérico, ou seja, um só mandado para ingressar em todas casas de uma vila, por exemplo, sem especificar quais. Muito em uma favela que, para quem não sabe, também tem residências que devem ser respeitadas, nos estritos limites da Constituição da República.

6 LÍMITES DO DIREITO À PROVA

O direito à prova, é assegurado constitucionalmente, por estar inserido nas garantias de ação de defesa e contraditório, não é absoluto, achando seus devidos limites. Por exemplo: impedimento de pessoas para depor em razão da função, ministério ofício ou profissão, que devam guardar segredo (artigo 207 do CPP), ou a restrições à prova estabelecida na lei civil, quando se trata do estado das pessoas (art. 155 do CPP).

O direito das pessoas não tem hermenêutica em sentido absoluto, em razão dos mais avançados conhecimentos constitucional, em face da restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, onde não pode se permitir uma delas prejudicando as outras, de forma danosa à ordem pública e às liberdades alheias. As transformações positivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, enfatizaram as mudanças dos direitos individuais em direitos inseridos na sociedade, que se justifica, num Estado social de direito, tanto os direitos como suas limitações.

Outra ordem de consideração também leva a necessidade de se colocarem limites do direito de prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.

É exatamente no processo penal, que atenta contra a liberdade do indivíduo, que se torna mais clara a necessidade de se colocarem limites a atividade instrutora. A dicotomia defesa social e direitos de liberdades assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal: e a obrigação na medida do possível de o Estado sacrificar os direitos de personalidade do acusado transformando numa pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

7 PROVA ILÍCITA SEGUNDO GRINOVER

A questão da denominada “prova ilícita” ubica-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada da busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito dos direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação.

A prova ilícita regra geral é vedada, em todos as fases do processo, isso serve de exemplo para não incentivar ao ilícito penal, pois que o seu uso traria fortes conseqüências para a estabilidade do direito penal. Essa afirmação é facilmente encontrada nos manuais de direito processo penal, veja que o diz o autor a baixo: “Mas a vedação pode ser estabelecida quer por lei processual, quer pela norma material (por exemplo, constitucional ou penal), pode ainda ser deduzida dos princípios gerais (Grinover 2001, p. 133)”.

No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes a lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário natureza substancial quando, embora servida imediatamente a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos independentemente do processo.

Percebe-se que no primeiro caso, do parágrafo anterior, há uma violação do impedimento configura ato ilegítimo, no segundo, haverá um ato ilícito.

Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal quando sua obtenção viola normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por lei processual, a prova será ilegítima; quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material a prova será ilicitamente obtida.

Para a violação do impedimento meramente processual basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto. Mais o ponto que dá origem a maiores discussões é aquele atinente a relevância das provas cuja obtenção constitui ato meramente ilícito.

Será objeto desta análise algumas provas ilícitas como violação da comunicação (artigo 5º, III, da CF); assim como as provas colhidas com infringência à intimidade (artigo 5º, X, da CF), entre outras violações causadas por estas provas.

Seguindo o mesmo pensamento da doutrina dominante Grinover diz que as provas ilícitas por derivação, desde que por fonte própria, não contaminam o processo e podem ser usadas normalmente. Ele dá ênfase a teoria da árvore envenenada e em seguida atenta para os limites impostos à esta teoria e que desta forma acaba por justificar a doutrina majoritária.

A questão, também momentosa, das denominadas provas ilícitas por derivação diz respeito aquelas provas em si mesmas ilícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida.

Grinover cita em sua obra o exemplo “do caso confissão mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou no caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado” (GRINOVER, 2001, p.137).

Na posição mais sensível mais às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, igualmente banidas do processo. Isso nada mais é, que a conhecida teoria dos “frutos da árvore envenenada”, cunhada pela Suprema Corte americana, conforme a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Há, porém, uma observação nas limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo mesmo Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas das ilícitas, quando a conexão entre umas e outras é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas das ilícitas poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro, caso em independent source e, no segundo em, na inevitable Discovery. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.

No ordenamento jurídico brasileiro, pela simples análise de alguns dispositivos legais do código de processo penal, percebe-se no artigo 157 parágrafo 1º e 2º, modificado pela lei 11.690, de 2008, que de início não permite a admissão das provas ilícitas derivadas, porém há uma ressalva: são as obtidas por fonte independente das ilícitas, para completar o pensamento o parágrafo segundo diz o que é fonte independente, veja: “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 ao fato objeto da prova” (CPP, art. 157, § 2º, Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

8 AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO CONFORME NUCCI

O renomado autor entende que a prova advinda de outra prova de origem ilícita, desde que de fonte independente não macula pela prova existente correlata, ou seja, embora tenha uma correlação entre as provas, isso não afetaria a prova derivada, pois sua fonte foi independente.

A lei 11.690/2008, que modificou o conteúdo do artigo 157 do CPP, impôs importantes barreiras para o sistema avaliativo de prova ilícita.

De início, pôs a expressão prova ilícita como gênero, derivando desta outras espécies.

Adotou-se também o sistema de prova por derivação (art. 157, § 1º, CPP), reconhecendo a prova separada como critério (art. 157, § 1º e 2º, CPP).

Art. 157 § 1º. 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.

§ 2º 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 ao fato objeto da prova. (CPP, art. 157, § 1º e 2º, Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

A citada Lei também distinguiu a prova originária de fonte independente, que não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Veja o diz Nucci: “Considerando-se que a prova ilícita não pode gerar outra ou outras que se torne lícitas, ao contrário, todas as que advierem da ilícita são igualmente inadmissíveis, a única exceção concentra-se na prova de fonte independente” (NUCCI, 2008, p. 391).

Iniciando a discussão em relação ao uso das provas ilícitas e de início pergunta-se, será que existe algum princípio constitucional de garantia absoluta? Em hipótese alguma poderá ser relativizado? Deverá sempre ser obedecido sem questionamento? Não. Até os princípios que compõe direitos fundamentais constitucionais tem natureza relativa. Veja o que dizem os constitucionalistas Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, “os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional” (PAULO e ALEXANDRINO, 2009, p. 98). Como se não bastasse, trazer à tona o entendimento recente do guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, que de forma clara e precisa sustenta essa orientação no julgamento de uma ação constitucional, MS 23.452/RJ, DJ 12.05.2000, vejamos o excerto da lavra do Ministro Relator Celso de Mello:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. MS 23.452/RJ, DJ 12.05.2000 Ministro Relator Celso de Mello

Em face de exposta citação do Ministro Celso de Melo, entende-se que não há princípio ou garantia Constitucional absoluta, por tanto, o art. 5º, LVI estabelece a regra geral de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo criminal, podendo haver exceção.

Deve-se toda via fazer uma ponderação sobre do caso concreto, sendo esta feita pelo juiz da causa. O processo penal, a jurisprudência, assim como seus doutrinadores afirmam que o processo orienta-se pela busca da verdade real, a verdade dos fatos, vejamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao assunto:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 18.106 - RJ (2005/0120878-5)
EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE

TESTEMUNHA RESIDENTE EM OUTRO PAÍS. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.

A busca pela verdade real constitui princípio que rege o Direito Processual Penal. A produção de provas, porque constitui garantia constitucional, pode ser determinada, inclusive pelo Juiz, de ofício, quando julgar necessário (arts. 155 e 209 do CPP). O Juiz apreciará livremente a prova. Não obstante, constitui cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de oitiva de testemunha, máxime sob o convencimento antecipado quanto a sua "imprestabilidade".

A circunstância de uma das testemunhas arroladas pela defesa residir em outro país, devendo ser ouvida por carta rogatória, deve ser interpretada em consonância com a norma constitucional que garante a ampla defesa no processo penal (art. 5º, LV, da CF/88). É direito absoluto da defesa produzir a prova que entende necessária para demonstrar a inocência do acusado, em relação à imputação que lhe foi feita, mesmo quando o magistrado entende ser desnecessário. Recurso provido para garantir a oitiva da testemunha arrolada pelo paciente.

Pois bem, partindo da premissa que o direito processual penal deve ser regido pelo princípio da verdade real dos fatos, e se acontecer que a única prova exposta pela acusação nos autos ter sua origem por meios ilícitos, e mediante a situação fática, qual deverá ser o fundamento para utilizá-la? A jurisprudência assim como uma parcela da doutrina simpatiza com a tese da relativização das provas ilícitas, em razão da não existência de princípio absoluto na Constituição Federal, com fundamentos no princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, consoante Paulo Rangel, traduz-se na “colocação em uma balança, dos bens jurídicos que estão contratando-se e verificar qual tem o peso maior” (RANGEL, 2010, p.472).

A possibilidade de aplicação desta tese na prática pela doutrina ou pela jurisprudência já acontece, porém, apenas quando se tratar de interesse do réu, em outros termos, a teoria somente é aplicada em favor do réu.

Há o entendimento considerado pacífico, quanto a utilização da prova ilícita em favor do réu, mas, tal medida deve ser de caráter excepcional, e não de regra geral. sua utilização só será possível quando outro meio não lhe for possível trazer-lhe um benefício, seja abrandar a pena, seja até inocentá-lo.

9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO USO DAS PROVAS ILÍCITAS

O princípio da proporcionalidade será, a priori, explicado a luz de Rizzatto Nunes, autor do livro o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O referido autor traz a idéia de que nossa Carta Magna não apresenta uma previsão expressa a respeito do princípio da proporcionalidade, que teria em outros países. Porém, isso não impede o seu reconhecimento, pois que, é uma imposição natural de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais. Diz o autor que “o princípio da proporcionalidade, é elemento intrínseco essencial de qualquer documento jurídico que vise instituir um Estado de Direito Democrático, o qual, por essência obrigatória, baseia-se na prevenção de direitos fundamentais”, (Nunes, 2009, p. 43).

Este princípio da proporcionalidade, novo na doutrina constitucionalista, tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional. A experiência dos casos interpretados que haviam surgido conflitos de princípios, que a doutrina pode através da hermenêutica pode considerá-lo existente. Veja o que diz o doutrinador Rizzatto sobre o assunto: “Na verdade, foi da experiência concreta, típica, dos casos interpretados, nos quais surgiram conflitos de princípios, que a doutrina pode extrair-lhe a essência para considerá-lo e chegando, como visto, ao status de princípio constitucional expresso”(Nunes, 2009, p. 43).

Isso se deu e se dá porque o princípio da proporcionalidade se impõe como instrumento de resolução do aparente conflito. Quando um intérprete se depara com uma

circunstância na qual um princípio colide com outro, um dos principais meios de que ele pode se utilizar para solucionar o problema é o princípio da proporcionalidade.

Sendo assim, e seguindo esse pensamento, perceba que o princípio da proporcionalidade é um ordenador do direito. Conforme o pensamento de Rizzatto, este princípio é derivado dos direitos humanos e serve para ordenar apenas quando diante de conflitos. Veja a citação do autor sobre o assunto: “De nossa parte, ainda que efetivamente reconheçamos nele esse potencial, preferimos tratá-lo como derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo ressurgir como princípio ordenador apenas quando se estiver diante do conflito – possível de dignidades” (Nunes, 2009, p. 44).

É necessário elucidar sua função. Ele é usado para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza um recurso a um princípio dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao outro, e jamais lhe faltando minimamente com o respeito.

Perceba que o princípio da proporcionalidade em tudo se assemelha a um método de interpretação, na medida em que é capaz e permite solucionar os aparentes conflitos mais importantes do sistema constitucional que visa garantir os direitos fundamentais e o Estado de Direito Democrático.

O renomado autor, Rizzatto Nunes, traz da doutrina alemã os detalhes do princípio da proporcionalidade dividido em três aspectos:

Adequação: por ele, diz que o meio escolhido, deverá, a priori, ser adequado visando ao resultado almejado. Em sumo, adequação implica conformidade e utilidade ao fim pretendido.

Exigibilidade: o meio deve ser mais brando, mais suave, dentre aqueles que se apresentem disponíveis, no intuito de preservar o máximo os valores constitucionais protegidos. O objetivo aqui é atingir o mínimo possível os valores garantidos constitucionalmente que tenham entrado em colisão com o princípio prevalecente.

Proporcionalidade em sentido estrito: o meio a ser empregado deve se mostrar mais vantajoso para a proporção do princípio prevalecente, porém, aos demais, a desvalorização deve ser a mínima possível. (Nunes, 2009, pag. 45).

Percebe-se que o princípio em foco é um método de interpretação, verdadeira técnica de elucidação e resolução de conflitos apresentados em princípios constitucionais que garantem valores fundamentais.

É com fundamentos neste princípio interpretativo que será resolvido o conflito existente entre os valores fundamentais dos princípios constitucionais que garantem a intimidade e a privacidade das pessoas em contra partida do uso de provas ilícitas que violem esses princípios em favor da mais prejudicada, neste cenário, a sociedade.

Se analisando a possibilidade de uso da prova ilícita em favor do réu, ver-se que já é pacificado pela doutrina e a jurisprudência. Por que não analisar a possibilidade da aplicação de provas ilícitas em favor da sociedade, pois que em favor do réu o tema é um tanto quanto reconhecido.

O grande doutrinador com especialidade neste ramo, Válter Ishida, fundamenta sobre a aceitação da prova ilícita, com fulcro na teoria da proporcionalidade que:

A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aceitação, desde que beneficie a defesa, sob o fundamento de que é melhor ver um direito constitucional violado do que ceifar a liberdade de um inocente. Neste caso, a inadmissibilidade da prova ilícita cede passo à ampla defesa do réu (ISHIDA, 2010, p. 117).

Outro doutrinador a abordar sobre a relativização da vedação à prova ilícita é Edilson Mougenot. Ele defende que:

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade (para alguns “razoabilidade”), na busca pelo equilíbrio entre o respeito às garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz, os tribunais pátrios têm, por vezes, mitigado a vedação às provas ilícitas, admitindo como eficaz a prova que em princípio seria considerada ilícita, desde que ela não seja adotada como único elemento de convicção e que seu teor corrobore os demais elementos probatórios recolhidos no processo (BONFIM, 2009, p. 319).

A sociedade é uma das mais prejudicadas com os diversos crimes, sem exceção de qualidade de delinqüente, se é ou não da elite, do topo das camadas, entenda “o criminoso de terno e gravata”. Por isso, seria muito importante o uso da prova ilícita em favor da sociedade para combater os delitos que afeta o meio social, em especial os de colarinho branco. Veja um julgado de recentíssimo do guardião da Constituição, da relatoria do Ministro Eros Grau em

que determina o trancamento da ação penal por entender que a prova de um processo criminal não subsiste se for a mesma de outro processo, e neste esta for considerada inválida:.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO FÁTICA. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. DENÚNCIA LASTREADA EM **PROVAS POSTERIORMENTE INVALIDADAS. BANIMENTO DA PROVA ILÍCITA. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.** 1. Denúncia lastreada unicamente em escuta telefônica deferida em outro procedimento, prova posteriormente invalidada em virtude da não constituição definitiva do crédito tributário, condição sine qua non da instauração da ação penal por crime tributário. Ausência de justa causa. 2. Esta Corte, no julgamento do RHC n. 90.376, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 18.5.05, foi incisiva no sentido do banimento da prova ilícita dos autos da ação penal. 3. Ainda que se admitisse tal prova a descrição fática imputada ao paciente enquadrar-se-ia tão-somente no tipo relativo ao crime de tráfico de influência. Ordem concedida a fim de trancar a Ação Penal n. 425/ES, do STJ, por falta de justa causa.

Na situação acima, a grande prejudicada foi a sociedade, pois que, a pessoa que praticou permanecerá impune ou pelo menos com a sensação de impunidade diante da população, deixando-a cada vez mais indignada com o poder público.

Outro autor muito conhecido no meio jurídico, Alexandre de Moraes, fala em sua obra Direitos humanos Fundamentais sobre a atenuação à vedação das provas ilícitas. Ele entende que esse abrandamento prevê, com fundamento no princípio da proporcionalidade possibilidades de admissibilidades das provas ilícitas. Veja o que diz o doutrinador para justificar o seu uso com base no referido princípio:

Essa atenuação prevê, com base no princípio da proporcionalidade, Hipóteses de admissibilidades das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante, que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, permite sua utilização. (Moraes, 2006, pag. 266).

10 CONCLUSÃO

Mediante o feito neste trabalho conclui-se, que atualmente, já foi pacificado pela doutrina e a jurisprudência, no que se refere a um desses tópicos acima, as chamadas provas ilícitas por derivação, conteúdo abordado e citado por alguns autores aqui neste artigo, e a aceitação também destas provas, desde que usadas para defesa do réu, foi observado que aos

poucos está havendo uma flexibilização, no mundo jurídico, no que diz respeito ao uso moderado desse tipo de prova. Percebe-se também que o principal objetivo buscado no artigo foi o benefício da sociedade através da utilização de provas ilícitas, quando necessária ao processo, e que é possível a sua utilização usando como ponte o princípio mestre dos princípios, o da proporcionalidade, desde que obedecido seus requisitos e pressupostos, e a sua utilização não seja corriqueira ou banalizada.

A quantidade de processos penais que teriam soluções a luz desse princípio nas provas ilícitas seriam muito grande, aumentando assim a celeridade, a economia processual e em alguns casos, esse seria o único meio de prova, em sumo haveria benefício para a sociedade, tanto para crimes violentos, menores ou os de grandes proporcionalidades, e principalmente os de que envolvam os criminosos do topo da pirâmide sociológica, pois que como foi visto aqui, o delito é possível de ser cometido por todos os tipos de pessoas, não sendo só por pessoas de baixo poder aquisitivo. O que acontece é uma manipulação da informação, e assim formar as características de um criminoso, desta forma só existiria os crimes violentos ou crimes aparentes e ficariam esquecidos os de crimes colarinho branco. Como a sociedade é uma das mais afetada com esses macrocrimes, pois que acontecem também no poder público, teria mais eficácia o uso destas provas ilícitas, como a quebra do sigilo fiscal, ou interceptação telefônica, para a investigação de muitos crimes contra a administração.

Concluiu-se também que o princípio da proporcionalidade é a principal ponte para a utilização das prova ilícitas em prol da sociedade, e que seu uso deve acontecer de maneira moderada e deva seguir alguns critérios.

Haja vista, está em jogo, direitos e garantias fundamentais de pessoas investigadas, obedecendo todos os requisitos processuais através do devido processo legal, e sendo usadas as provas ilícitas, deve-se ser interpretada a luz deste princípio mestre, o da proporcionalidade.

REFERÊNCIA

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 90094/ES**. Relator: Ministro Eros Grau. Distrito Federal, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Mandando de Segurança nº 23.452/RJ**. Relator: Celso Antonio Bandeira de Mello. Rio de Janeiro, Diário de Justiça. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. Recorrente: Roberto Cruz Moysés. Recorrido: Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Relator: Ministra Jane Silva. Distrito Federal, 2005.

FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo Penal (Integral)?**. Disponível em: < <http://www.metajus.com.br/artigos/index.html>> Acesso em 16 mar 2011.

GOMES, Luiz Flavio. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. Revistas dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas**. Disponível em: < <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/108/151>> Acesso em 16 mar 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**. 7 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

MIRABETE, Júlio fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo. Atlas, 2007

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência**. 7 ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5 ed. rev., atual e ampl. 3. tir. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio da Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana Doutrina e Jurisprudência**. 2 ed. vev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4 ed. São Paulo: Método, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Jorge da. **Controle da Criminalidade e Segurança Pública na Nova Ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.