

SERENDIPIDADE PROVA LÍCITA OU ILÍCITA? SERENDIPITY LICENSE OR ILLEGAL TESTING?

PINTO COELHO, Vânia M^a B. G.¹
SILVA, Jucilene Aparecida²

¹Mestre e titular da cadeira de Direito Processual Penal.

²Graduada do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Varginha.

Resumo: A prova lícita e a ilícita têm sua conceituação muito próximas uma da outra, onde a diferença entre ambas é muito tênue e variável, dependendo do prisma de cada um dos conceituadores ou da necessidade de classificação de ambas dentro de um processo. É difícil a separação clara e objetiva principalmente quando se trata de escutas e gravações telefônicas. O presente artigo não objetiva esgotar o tema, e muito menos chegar a um ponto definitivo sobre o assunto, mas sim, expor um parecer crítico.

Palavras-chave: Lícito. Provas ilícitas. Escutas e gravações telefônicas e serendipidade.

Abstract: The lawful and illicit proofs have their conception very close to each other, where the difference between the two is very tenuous and variable, depending on the prism of each of the conceptualizers or the need to classify both within a process. It is difficult to separate clearly and objectively, especially when it comes to tapping and tapping. The present article does not aim to exhaust the subject, much less to reach a definitive point on the subject, but to present a critical opinion.

Keywords: Law. Unlawful evidence. Telephone tapping and recording and serendipity.

Sabe-se que a questão das provas lícitas versus provas ilícitas são duas fontes muito discutidas e, sabe-se também, que dentro do Direito Processual Penal uma das questões mais controversas das coletas de provas é identificá-las e classificá-las como legais ou não, dentro de um processo.

Somente os meios legais e moralmente legítimos são capazes de provar a verdade dos fatos em um processo.

Delimitando mais o assunto, pode-se dizer que as escutas e gravações telefônicas utilizadas como instrumento de combate ao crime são um exemplo claro desta controvérsia. Deduzindo que elas sejam provas artificiosas, mesmo quando legalmente autorizadas, pois nem sempre é de conhecimento das partes envolvidas.

Assim este artigo anseia Mostrar as principais questões que envolvem esta temática.

Prova lícita

A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil no seu artigo 332 esclarece quais são os tipos de prova aceitas pelo ordenamento jurídico, vedando assim a utilização da prova obtida por meio ilícito, ou seja, “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Assim, pode-se trabalhar a análise das provas partindo da questão da existência das provas típicas, que deixa subtendido que os meios legais citados para a produção de provas deverão, obrigatoriamente, serem as formas previstas em lei, bem como das provas atípicas, que dizem respeito ao termo “prova moralmente legítima”, o que é muito citado por autores e juristas, já façam referência aos meios que não estejam expressamente previstos em lei, porém se encontram em acordo com o direito.

Este assunto desperta um conflito de entendimentos entre correntes extremistas, quanto à admissão ou não de provas obtidas por meio ilícito no processo de apuração de algum fato ou crime. Alguns estudiosos, escritores e juristas apregoam que deve haver um equilíbrio entre reconhecer totalmente a validade e a eficácia da prova, obtida por meios desconhecidos pelo investigado, como a interceptação telefônica, e os critérios utilizados para analisar que nem todas as gravações deverão ser aceitas.

Em relação à questão da interceptação telefônica, pode-se partir do que preceitua a Constituição Federal no seu artigo 5º, incisos X e XII, onde está previsto o direito à intimidade:

[...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Hoje, baseados em jurisprudências, os tribunais já são mais moderados nas suas negativas às provas ditas obtidas de forma ilegal, pois infelizmente, em alguns

casos para se produzir provas que ajudem a elucidar um fato ou crime, os direitos próprios e/ou alheios devem ser afastados ou esquecidos temporariamente em detrimento do alcance de um objetivo maior. Esta adoção de postura acaba gerando um conflito de legalidade, pois os direitos afastados também se encontram assegurados na Constituição Federal.

Uma situação clara de conflito criada por esta mudança de postura é o direito à garantia da ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, ou seja, estes artifícios legais, pois se encontram previstos também na Constituição Federal, podem justificar a utilização de determinadas interceptações telefônicas, ditas ilegais, para a produção de provas que inocentará alguém de acusações de crimes não cometidos por ele. Exemplificadamente, Torna-se urgente resumir da seguinte forma a citada situação: é o conflito entre o direito material que se deseja tutelar na forma jurisdicional e o direito material violado pela prova ilícita.

Baseado no que versa o art. 5º, LVI, da CF, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” o Poder Judiciário pode, assim, reconhecer a validade da prova ilícita como meio de prova válido a demonstrar fato ou circunstância que beneficie o acusado.

Com isto se cria um conflito entre o que seja realmente prova lícita e ilícita, já que uma pode se tornar a outra dependendo das circunstâncias do caso.

Prova ilícita

Partindo do que versa o art. 5º, LVI, da CF, citado anteriormente, pode-se entender que esta questão trata-se de garantia individual objetivando certo controle ou impor limite claro e expresso à ação e atuação do Estado quando se tratar de questão criminal.

Veja a nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal, depois da reforma advinda com a Lei 11.690/2008:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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.

3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

No sistema brasileiro a prova ilícita é tida como “inadmissível”, ou seja, ela não pode nem sequer ser anexada em um processo, caso aconteça ela deverá ser desentranhada o mais breve possível, para que a sentença não seja baseada, caso isto ocorra, a sentença será nula.

Outra questão que também é importante a ser levantada, além do conflito com as normas Constitucionais em relação à licitude ou ilicitude de provas, as normas internacionais, que são as previstas em tratados de direitos humanos, também geram conflitos e questionamentos, principalmente no que diz respeito a direito versus direito e também à forma e ao momento em que a prova é produzida.

Ressalta-se que nem sempre uma prova deva ser considerada ilegítima simplesmente pelo fato de violar uma regra do direito processual. Deve-se levar em consideração a confusão que pode ser criada entre o que pode ser uma prova ilícita e uma prova ilegal, já que uma diz respeito à violação da regra de direito material e é atrelada ao momento da obtenção, antecedendo a fase processual e a outra diz respeito à violação da regra do direito processual e é atrelada ao momento da produção, dentro do processo, torna-se nula.

Cordero (2000) alega em sua teoria que a prova sempre será admissível desde que nenhuma norma a exclua ou invalide, preceituando assim o princípio básico das provas.

Em relação à derivação de provas ou prova derivada, diz-se que deve haver nexos bem delineado de casualidade entre a precedente e a subsequente, ou seja, se a que precede é ilícita, conseqüentemente a subsequente também o será. O parágrafo 1º do art. 573, do Código de Processo Penal - CPP deixa isto bem claro:

A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”. O que torna a prova derivada inadmissível, devendo ser desentranhada dos autos, através do habeas corpus, pois se encontra contaminada, ou seja, o efeito contaminante acontece em cascata. Ocorre o que é chamado de teoria da árvore envenenada.

Quando a prova subsidiária não apresenta nenhum vínculo com a precedente classifica-se como prova independente, não tendo assim que se falar em nulidade ou contaminação.

Também é caso inadmissível o da prova obtida por determinação de autoridade incompetente ou sem poderes momentâneos, pois se torna caso de violação do devido processo legal. Um exemplo claro deste caso é uma interceptação telefônica autorizada por um juiz da vara civil, sendo que este tipo de meio de obtenção de prova somente é válido para fins penais.

De acordo com Gomes (<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias>) Não nos parece que haja outra saída jurídica mais condizente com a moderna concepção da instrumentalidade do processo penal, que existe para a tutela do direito de punir assim como sobretudo para a proteção dos direitos fundamentais do processado.

Serendipidade

O Professor Luiz Flávio Gomes denomina o fenômeno da serendipidade como sendo o encontro fortuito de provas de outro crime ou mesmo de nomes de novos envolvidos no crime durante a interceptação telefônica de Serendipidade, ou seja, é o fato de se encontrar prova ou indícios de que um crime, diverso ao que está sendo investigado, foi cometido pelos mesmos suspeitos ou investigados (sujeitos passivos) ou ao menos se cita a participação ou o envolvimento deles no crime ou o surgimento de novos nomes.

A interceptação telefônica é determinada por decisão judicial, destacando dois requisitos sumamente relevantes, previstos no art. 2.º, parágrafo único, da Lei 9.296/96:

Parágrafo único. “Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.... descrição com clareza da situação objeto da investigação”.

Caso não tenha o que seria feito da descoberta? Cuida-se de prova nula?
Terá validade também para os fatos ou pessoas encontradas fortuitamente?
Será a descoberta uma nova fonte de prova para iniciar uma nova investigação?

Porém, a jurisprudência entende que esta prova somente será tida como legal se houver alguma conexão com o crime principal que gerou o pedido da interceptação telefônica, caso contrário a prova será somente utilizada a título de “notitia criminis”, ou seja, será utilizada como ponto de partida para uma investigação mais minuciosa objetivando confirmar ou não a prática do crime ou delito.

No Capítulo V do Código de Processo Penal, que trata da Da Competência por Conexão ou Continência, destacam-se os artigos 76 e 77 e seus respectivos incisos, fazem a distinção entre conexão e continência, como que versam:

Art. 76 - A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Art. 77 - A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 70, 73 e 74 do Código Penal - reforma penal 1984.

O Superior Tribunal Federal - STF “considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.” (AI 626214 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., julgado em 21/09/2010).

Outra questão a ser levantada é o fato da Lei assegurar que, somente o juiz julgador do caso o crime em questão, poderá expedir autorização para a interceptação telefônica, porém como será expedida a citada autorização em casos em que o artifício da escuta precisará ser feito ainda durante o inquérito policial, já que a interceptação telefônica constitui medida cautelar preventiva?

Segue o que a legislação permeia a respeito desta questão:

[...] a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. (ART. 1º, DA LEI Nº 9296/96).

Analisando a redação acima fica subentendido que realmente somente o juiz, que presidirá a ação penal do crime em questão, poderá expedir autorização para a interceptação, porém o Superior Tribunal Federal – STF ampliou esta regra ao admitir que juízes das centrais de inquéritos também podem expedir a referida autorização, mesmo não sendo eles os que dirigirão a instrução.

O Superior Tribunal Federal - STF Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes. (STF-HC 81260, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2001).

Supõem-se então que quando ocorrer o fenômeno da serendipidade e houver conexão do concurso formal com o fato investigado, a interceptação telefônica será valorada pelo juiz, caso não exista esta conexão também será válida como meio probatório, o que criará um conflito na questão prova lícita versus prova ilícita, pois não fica claro e nem definido os apontamentos legais que distinguem uma da outra.

Considerações finais

Pode-se considerar que a ilegalidade ou a legalidade da obtenção de prova através do Princípio da SERENDIPIDADE, estará sempre interligada a gravidade do crime a ser apurado ou julgado, tendo como elemento subjetivo o da necessidade de apuração ou dos valores jurídicos e morais, onde pode surgir a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Referencias

BRAGA, Felipe Babiski, MACHADO, Patrícia Portela e RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Legitimidade das gravações midiáticas no Processo Civil: uma reflexão à luz da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados**. Disponível em: http://patypm9.jusbrasil.com.br/artigos/118056455/legitimidade-das-gravacoes-midiaticas-no-processo-civil-uma-reflexao-a-luz-da-teoria-da-arvore-dos-frutos-envenenados?ref=topic_feed. Acesso em agosto 2015.

CAPEZ, Fernandes. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. São Paulo:Themis, 2000, v. 2, p. 47.

_____. Citado por LOPES JR., Aury, **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DAMASIO, Antonio. **O Erro de Descartes**. 3ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> (www.blogdofg.com.br). Acesso em nov. 2014.

_____. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009. Acesso out. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. **A culpa e sua prova nos delitos de trânsito**. São Paulo: Saraiva, 1993.

JÚNIOR, Amaro Bandeira de Araújo. **Provas ilícitas no processo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3503, 2 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23631>>. Acesso em 9 nov. 2014.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de Processo Penal Didático**. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 2ªed., São Paulo: Atlas, 2001.