

PROVAS ILÍCITAS NO CONTENCIOSO ELEITORAL E O INTERESSE PÚBLICO

Edimar Cristiano Alves

Advogado. Pós-graduado em Direito de Empresa,
em Direito Societário e em Direito Eleitoral.

Ex-Professor da Faculdade de Direito Milton Campos,
da Universidade Salgado de Oliveira e da Faculdade J.Andrade.

RESUMO

Em um Estado que se reputa Democrático de Direito, o grau de evolução do sistema jurídico é quase sempre aferido pela análise da forma como a legislação trata a colheita e a valoração dos meios de prova. Regras claras e objetivas, sempre com respeito aos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, permitem concluir pela evolução e maturidade democrática do ordenamento. Também por este prisma, provas ilícitas ou ilegítimas merecem ser repudiadas, independentemente da área do Direito que esteja sob análise. Não é incomum, entretanto, a admissão de provas ilícitas em favor de um abstrato interesse público, nunca conceituado e nem sempre passível de clara identificação. É o que muitas vezes se vê quando se está diante do Direito Eleitoral, ramo do Direito sensivelmente ligado aos direitos e garantias individuais. O presente artigo discute a questão envolvendo as provas ilícitas no contencioso eleitoral, tantas vezes contaminado por interesses e paixões exógenas ao processo.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Direito eleitoral. Interesse público.

ILLEGAL EVIDENCE IN ELECTION LITIGATION AND THE PUBLIC INTEREST

ABSTRACT

In a state that considers itself a democratic, the degree of evolution of the legal system is often measured by examining how the law treats the collection and appraisal of evidence. Clear and objective rules, always with respect for the principles of the Comprehensive Defense and Contradictory, allow us to conclude the evolution and maturity of the democratic order. Also in this light, evidence illegal or illegitimate deserve to be dismissed, regardless of the area of law that is under analysis. It is not uncommon, however, the admission of illegal evidence in favor of an abstract public interest, never conceptualized and not always capable of clear identification. It's often what you see when you're in front of the Election Law, branch of law substantially connected to individual rights and guarantees. This article discusses the issue involving the illegal evidence in electoral disputes, often contaminated by exogenous interests and passions in the process.

Keywords: Evidence illegal. Election law. Public interest.

1 INTRODUÇÃO

Elementos de prova são todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do Juiz.

De início, importante registrar que nosso Ordenamento Jurídico apoia-se na liberdade de busca/produção de provas, inexistindo rol taxativo a esse respeito, de tal forma que, se constitucionalmente autorizadas, válidas hão de ser as provas colhidas, ainda que não expressamente consignadas em dispositivo legal.

A mesma liberdade na colheita da prova existe em sua valoração, com a única ressalva de que, mesmo livre o convencimento do Magistrado, há de ser fundamentado, tolhendo-se decisões arbitrárias. Ao tratar da questão, passando da fase do tarifamento da prova para a fase da livre apreciação, Natalie Ribeiro Pletsch (2007) afirma que

A substituição deste sistema [tarifamento da prova], em especial nos códigos a partir da Revolução Francesa, em tese, diminuiu as atuações arbitrárias, creditando maior liberdade ao julgador na valoração da prova desde que racionalmente justificada. Contudo, sob a máscara da racionalidade, o julgador permaneceu manipulando os elementos probatórios para legitimar sua decisão, na maioria das vezes, sob o invólucro da verdade. Observa Cordero que é a cultura inquisitiva desta ilimitada busca pela verdade que permanece inspirando o abuso da livre convicção.

(...) O principal mecanismo de controle quando a decisão está pautada pela livre apreciação das provas é a obrigatoriedade de fundamentar os atos judiciais, especialmente os condenatórios.

Feitas essas ressalvas, pontifica-se, novamente, que os meios de prova buscam alcançar a verdade que, no atual estágio da Ciência Jurídica, há de ser real, pouco ou nada importando a disponibilidade dos interesses em jogo (públicos ou privados).

Como bem adverte Humberto Theodoro Júnior (2006), “o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa.”

De fato, embora prevaleça, em certas hipóteses, o Princípio da Disponibilidade para o ingresso em Juízo, o impulso ao processo há de ser oficial, tendo em vista o interesse estatal em resolver de forma justa o litígio instalado.

Nessa seara de busca da verdade real, imprescindível registrar, desde logo, que a moderna Hermenêutica não enxerga a Constituição da República como simples ápice da pirâmide normativa (visão Kelseniana), mas, além disso, coloca-a como centro de validade, rendendo ensejo ao que se convencionou denominar Horizontalização dos Direitos Fundamentais.

Assim é que, seja qual for o interesse em jogo, toda prova necessita de repouso constitucional, em respeito aos Princípios da Moralidade, Contraditório, Ampla Defesa e Dignidade da Pessoa Humana. Dessarte, não encontra guarida constitucional a utilização de provas ilegítimas, mesmo que em nome de um suposto interesse público, sob pena de se estar diante de lesão a direitos e garantias fundamentais. E nem se cogite, na hipótese, de Ponderação de Princípios (Interesse Público na busca da verdade X Interesse Privado do Interessado).

É que, além de fora de questionamento que o interesse da defesa não é apenas particular, mas garantidor de toda a ordem jurídica, não pode passar despercebido que os Princípios da Ampla Defesa, Contraditório e Dignidade da Pessoa Humana são estruturantes do próprio Estado, notadamente quando se reputa Democrático de Direito (artigo 1, “caput”, da Constituição da República).

Como bem adverte Ada Pellegrini Grinover (2006),

da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do ‘devido processo legal’ como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.

Necessário, portanto, delimitar o conceito de prova ilícita, garantindo solução segura quando da análise concreta.

2 PROVA ILÍCITA, LIMITES E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, PROVA EMPRESTADA, VALOR, CAUTELA

A ilicitude da prova pode advir de violação a normas legais ou a princípios gerais do ordenamento jurídico, sejam eles expressos ou implícitos.

Dessa forma, ilícitas (e, por isso, inservíveis) as provas colhidas em violação às garantias individuais, tais como aquelas derivadas de violação a domicílio, interceptação telefônica sem autorização judicial, quebra ilícita de sigilo bancário, mediante tortura, dentre outras.

Há, entretanto, duas ressalvas a esse respeito. A primeira delas se refere a um Juízo de Proporcionalidade, segundo o qual em situações excepcionais, quando a vedação render ensejo a casos inusitados e repugnantes, autoriza-se afastá-la e admitir a prova tida como ilícita.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL – ‘HABEAS CORPUS’ – ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. - Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. - O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao Juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o Princípio da 'Razoabilidade' (reasonableness). O 'Princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também pede temperamentos. - Ordem denegada.” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. de 5 de dezembro de 1995, D.J.U. de 26 fev. 1996, p. 4084.).

A segunda delas diz respeito às provas ilícitas por derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), as quais, mesmo sendo vedadas, em regra, encontram exceções quando a ligação entre as provas for ténue, não configurando relação de causa e efeito, bem como na hipótese em que a prova derivada pudesse ser descoberta de outra maneira.

Acerca das provas emprestadas, sua utilização vem sendo referendada por doutrina e jurisprudência majoritárias quando exercido o contraditório em sua colheita (vide, a esse respeito, STJ - HC nº 14.274/PR, D.J.U. de 4 jun. 2001, p. 256; HC nº 14.216/RS, D.J.U. de 12 nov. 2001, p. 174.).

Contudo, há relevante posicionamento contrário. Com efeito, Ada Pellegrini Grinover (2006), para além do necessário contraditório na produção da prova, entende que o aproveitamento da prova somente terá lugar se perante o mesmo Juízo. Nos dizeres da doutrinadora, na análise de validade da prova emprestada,

outro requisito, deixado em geral em segundo plano, há de ser considerado. O princípio do juiz natural, enquanto juiz constitucionalmente competente para processar e julgar (art. 5º, LIII, da CF), exige que o contraditório seja exercido perante este. A rigor, para o transporte puro e simples de uma prova, de um processo para outro, seria necessário que o contraditório no processo originário tivesse sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa (entendendo-se, com o termo ‘juiz’, não a pessoa física investida na função, mas o órgão jurisdicional constitucionalmente competente). Somente dessa forma, tudo que se disse acerca do contraditório como condição de validade (e eficácia) da prova estará sendo adequadamente aplicado à prova emprestada. De modo que, em nosso entender, não deveria ela ser aproveitada, quando produzida fora do contraditório instituído perante o juiz natural.

O Supremo Tribunal Federal – STF, entretanto, quando teve oportunidade de se manifestar sobre a questão, registrou que, não obstante os Princípios do Contraditório e do Juiz Natural, é de se

admitir a chamada prova emprestada quando, mesmo sem contraditório, a mencionada prova não necessite ser produzida na instrução contraditória do novo processo.

De fato, no entendimento do Pretório Excelso,

a garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. Não é a hipótese dos autos: aqui o que se tomou de empréstimo ao processo a que respondeu co-ré da recorrente, foi o laudo de materialidade do tóxico apreendido que, de regra, não se faz em juízo e à veracidade do qual nada se opõe. (Recurso Extraordinário nº 328128/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. de 16 set. 2003, D.J.U. de 17 out. 2003, p. 21)

Especificamente ao Direito Eleitoral, o Tribunal Regional de Minas Gerais – TRE/MG somente admite prova emprestada quando submetida ao contraditório e, na hipótese de ser derivada de interceptação telefônica, se atinente a investigação para apuração de crime, e não em processo cível-eleitoral. Vale conferir os seguintes julgados, dentre outros:

RECURSOS ELEITORAIS - AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO – IMPROCEDÊNCIA - ELEIÇÕES 2004. - Preliminares: 1ª) Impossibilidade de renovação de AIME sobre fatos cuja conduta supostamente vedada restou afastada em anterior RCED - aplicação do art. 471 do CPC. Rejeitada. Prova emprestada. Simples cópia de peças processuais que ainda não tinham sido submetidas ao contraditório, razão pela qual não podem ser consideradas como provas. 2ª) Ação de impugnação de mandato eletivo proposta tão-somente contra beneficiários da conduta vedada - ausência de indicação dos recorridos (supostos autores da conduta) no pólo passivo da lida - preclusão - aplicação do art. 460 do CPC - princípio da congruência ou princípio da corresponsabilidade tra il chiesto e il pronunciato. Rejeitada. O princípio da congruência diz respeito à coerência da sentença ao pedido e não há necessidade de observância de litisconsórcio necessário unitário. A não-inclusão dos recorridos no pólo passivo da AIME não acarreta prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. 3ª) Ilícitude da Prova - gravação. Rejeitada. Gravação feita durante comício não caracteriza prova ilícita. Manifestação pública. - 1º Recurso - Transferência de verba de Secretaria de Estado para Santa Casa municipal visando promoção pessoal de candidatos à eleição municipal. Não-caracterização de abuso de poder econômico ou político. Conjuntos probatório insuficiente. Conduta incapaz de influenciar no resultado do pleito. Recurso a que se nega provimento. - 2º Recurso - Utilização de verba pública para promoção de candidato, bem como uso indevido de meios de comunicação e suposta prática de captação ilícita de sufrágio. Ausência de provas hábeis a demonstrar o ilícito. Apresentação de fitas K7 de origem desconhecida. Prova despida de credibilidade. Declarações isoladas de testemunhas. Lastro probatório frágil. Não-caracterização de captação ilícita de sufrágio. Recurso a que se nega provimento. (Recurso Eleitoral nº 47732006, Rel. Juiz Carlos Augusto de Barros Levenhagen, j. de 10 maio 2007, DJ/MG de 20 jun. 2007, p. 57.).

RECURSO - AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - REPRESENTAÇÃO ELEITORAL - SUPLENTE DE VEREADOR - ELEIÇÕES 2004 – PROCEDÊNCIA - CASSAÇÃO DO DIPLOMA DO RECORRENTE, DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE E APLICAÇÃO DE MULTA. - Preliminar de nulidade da interceptação telefônica. Acolhida. Não-cumprimento dos requisitos legais prévios à instauração do procedimento. Arts. 2º, I e II,

4º e 5º da Lei n. 9.296/96. Justificativa e documentação acostadas aos autos, somente ao final da instrução processual, mostraram-se insuficientes e inseguras para admissão do meio de prova excepcional. Não-indicação do inquérito policial ou processo criminal a que o procedimento de interceptação encontrava-se apensado. Art. 8º da Lei n. 9.296/96. Inadmissão de interceptação de comunicação telefônica como prova emprestada em processo cível-eleitoral. Procedimento excepcional admitido para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Art. 5º, XII, da Constituição da República. Mérito. Alegação de prática de captação ilícita de sufrágio, abuso de poder econômico e corrupção eleitoral. Debilidade do acervo probatório erigido à base de prova ilicitamente produzida e trazida aos autos, bem como de singular e controvertida prova testemunhal. Depoimento frágil e incongruente. Suposto oferecimento de benesses à testemunha para forjar acusação contra candidato adversário. Fato que não se amolda à hipótese repressiva descrita no art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Falta da comprovação do dolo específico. (Recurso em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo nº 11912005, Rel. Juiz Francisco de Assis Betti, j. de 1 ago. 2007, DJ/MG de 30 ago. 2007, p. 94.).

3 ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS: A QUESTÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Questão intrincada ocorre quando, em certa interceptação telefônica, descobre-se a existência de outros crimes ou outras pessoas envolvidas (não mencionadas originariamente na decisão que autorizou a interceptação).

Cuida-se, no caso, do chamado Encontro Fortuito de Provas.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes, em interessante artigo publicado no Boletim 51 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCrim, destaca que

Da decisão judicial que determina a interceptação telefônica sobressaem, dentre outros, dois requisitos, ambos previstos no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96: a) descrição com clareza da situação objeto da investigação; b) indicação e qualificação dos investigados (dos sujeitos passivos). Fala-se em parte objetiva (fática) e subjetiva da medida cautelar. A lei, com inteira razão, preocupou-se com a correta individualização do fato objeto da persecução, assim como com a pessoa a ser investigada. Mas no curso da captação da comunicação telefônica ou telemática podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da "situação objeto da investigação". Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. Estamos diante do que a doutrina denomina de 'encontro fortuito' ('hallazgos fortuitos') ou 'descubrimientos casuales' ou 'descubrimientos accidentales' ou, como se diz na Alemanha, 'Zufallsfunden'.

O assunto é tratado de forma diferente na legislação estrangeira. Na Alemanha, por exemplo, admite-se a utilização da prova nas hipóteses em que o fato encontrado autorize a interceptação telefônica. No Direito Espanhol, a seu turno, admite-se a prova nos casos em que haja conexão com o fato inicialmente investigado e seja idêntica a pessoa investigada.

No Direito Brasileiro, ainda não há consenso a respeito. Para Luiz Flávio Gomes, admite-se a prova nas hipóteses de conexão ou continência (artigos 76 e 77, ambos do Código de Processo Penal –

CPP) e desde que o fato encontrado autorize a interceptação telefônica. Fora dessas hipóteses, inválida a utilização, embora esteja aberta a possibilidade de investigação (o que equivaleria a uma “notitia criminis”).

A doutrina de Lenio Luiz Streck caminha no mesmo sentido, embora mais genérica, destacando que

Há, porém, uma segunda questão a ser posta, derivada do mesmo problema, que é a seguinte: em sendo a interceptação decorrente de ordem judicial e, através dela, for descoberto, por exemplo, um homicídio (fora da cadeia de fatos e autores investigados), não parece que esta prova, de pronto, possa ser inquinada como ilícita. Nesse caso, é evidente que o autor desse homicídio não poderá ser processado com base nessa prova. Será ela, tão-somente, conformadora de um indício (*fumus boni juris*) para, por exemplo, fundamentar um (novo) pedido de interceptação que diga respeito a esse fato.

(...) Como dito, a informação/descoberta do crime, em tais circunstâncias, deverá servir de indício para a busca da comprovação da existência do crime. Nunca tal informação poderá ser usada como prova bastante até mesmo para a instrução da ação penal. Exige-se, enfim, a prova da prova!

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006), entretanto, o encontro fortuito não poderá em nenhuma hipótese servir como prova, já que diverge do fato investigado e autorizado. Segundo afirma,

se assim fosse, estar-se-ia usando indiscriminadamente de uma autorização judicial, fora de seus limites balizadores e fugindo-se do fundamento apresentado para o uso de um meio de exceção, como é indiscutivelmente a interceptação telefônica. A prova obtida pela interceptação deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu de base para a autorização judicial. Fora de tal hipótese, estar-se-ia usando de uma prova ilícita quanto ao modo em que colhida, porque fugiu dos preceitos legais que exigem um pedido com fundamentação certa, contra pessoa determinada, e que, como tal, serviu de base à autorização judicial concedida. Estar-se-ia burlando a própria fundamentação da autorização judicial.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF firmou-se no sentido de que a utilização da prova fortuitamente encontrada somente tem lugar quando houver conexão com os fatos originariamente investigados. Confira-se:

HABEAS CORPUS - "OPERAÇÃO ANACONDA" - INÉPCIA DA DENÚNCIA - ALEGAÇÕES DE NULIDADE QUANTO ÀS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - IMPORTANTE INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO E APURAÇÃO DE ILÍCITOS - ART. 5º DA LEI 9.296/1996: PRAZO DE 15 DIAS PRORROGÁVEL UMA ÚNICA VEZ POR IGUAL PERÍODO - SUBSISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS QUE CONDUZIRAM À DECRETAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - DECISÕES FUNDAMENTADAS E RAZOÁVEIS. A aparente limitação imposta pelo art. 5º da Lei 9.296/1996 não constitui óbice à viabilidade das múltiplas renovações das autorizações. DESVIO DE FINALIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, O QUE TERIA IMPLICADO CONHECIMENTO NÃO-AUTORIZADO DE OUTRO CRIME. O objetivo das investigações era apurar o envolvimento de policiais federais e magistrados em crime contra a Administração. Não se pode falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho ao objeto das investigações. INCOMPETÊNCIA

DA JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS PARA AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS QUE ENVOLVEM MAGISTRADOS PAULISTAS. As investigações foram iniciadas na Justiça Federal de Alagoas em razão das suspeitas de envolvimento de policiais federais em atividades criminosas. Diante da descoberta de possível envolvimento de magistrados paulistas, o procedimento investigatório foi imediatamente encaminhado ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde as investigações tiveram prosseguimento, com o aproveitamento das provas até então produzidas. ATIPICIDADE DE CONDUTAS, DADA A FALTA DE DESCRIÇÃO OBJETIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DOS TIPOS PENAIIS. ART. 10 DA LEI 9.296/1996: REALIZAR INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, DE INFORMÁTICA OU TELEMÁTICA, OU QUEBRAR SEGREDO DE JUSTIÇA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU COM OBJETIVOS NÃO-AUTORIZADOS EM LEI. Inexistem, nos autos, elementos sólidos aptos a demonstrar a não-realização da interceptação de que o paciente teria participado. Habeas corpus indeferido nessa parte. DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA - DISCREPÂNCIA ACERCA DO LOCAL ONDE SE ENCONTRA DEPOSITADA DETERMINADA QUANTIA MONETÁRIA. A denúncia é inepta, pois não especificou o fato juridicamente relevante que teria resultado da suposta falsidade - art. 299 do Código Penal. Habeas corpus deferido nessa parte. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 84388/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. de 26 out. 2004, D.J.U. de 19 maio 06, p. 42.).

HABEAS CORPUS - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - PRAZO DE VALIDADE - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO - FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ - AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO - APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletadas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, D.J.U. de 4 mar. 2005.).

Importantes as ponderações feitas pelo Ministro Nelson Jobim no acórdão acima indicado, destacando que

A interceptação telefônica, no caso dos presentes autos, foi decretada para que se investigassem crimes apenados com reclusão, tendo sido constatada incidentalmente a ocorrência de outros delitos, estes punidos com detenção. A questão que se põe é se deveriam ser invalidadas,

relativamente aos crimes cuja pena é a detenção, as provas resultantes das interceptações realizadas.

O exame dessa questão também deve ser feito à luz do princípio da razoabilidade, juntamente com a análise do teor do inciso II do artigo 2º da Lei 9.296/1996.

Com efeito, as interceptações telefônicas foram realizadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul criada para investigar a organização criminosa Rede de Farmácias Econômica. Ora, o escopo da Lei 9.296/1996 foi o de não invadir a privacidade do investigado, quando a gravidade do crime não justificasse tal medida excepcional. No caso em exame, não era possível, a princípio, ter certeza sobre a eventual descoberta de crimes apenados com detenção no decorrer das investigações, pois se tratava de suposta organização criminosa, cujas atividades ilícitas eram várias. Assim, entendo que, embora não decretada para este fim específico, a interceptação serve como prova dos crimes punidos com detenção, em vista da licitude da medida, que terminou por revelar fortuitamente também os crimes cuja pena é a reclusão, conexos àqueles e seu verdadeiro escopo.

O mesmo se diga a respeito do colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que exige conexão entre os fatos (o inicialmente investigado e o fortuitamente descoberto), salvo se se tratar de evento futuro:

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - PRISÃO PREVENTIVA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR - PERDA DO OBJETO – PROVA - ESCUTA TELEFÔNICA – ILICITUDE – INEXISTÊNCIA - MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE. 1. Constatada a revogação da prisão preventiva do ora Paciente, resta esvaído parte do objeto do presente writ, que visava ao reconhecimento de constrangimento ilegal pela manutenção da prisão cautelar. 2. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. (...) 4. Writ prejudicado em parte e, na parte conhecida, denegado." (**Habeas Corpus** nº 33553/CE, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, D.J.U. de 11 abr. 2005.).

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - ABUSO DE AUTORIDADE - CORRUPÇÃO PASSIVA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS – LEGITIMIDADE - ESCUTA TELEFÔNICA - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – LICITUDE. (...) 3. Se o procedimento de interceptação da comunicação telefônica está, nos exatos termos da Lei n.º 9.296/96, em apenso ao processo criminal e a disposição das partes que poderão, sob o crivo do contraditório, levantar todas as questões relativas à validade dessa prova, não existe qualquer cerceamento de defesa. 4. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. Precedentes. 5. Writ denegado." (**Habeas Corpus** nº 33462/DF, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, D.J.U. de 07 nov. 2005.).

PENAL E PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO - ART. 288 DO CÓDIGO PENAL - INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO - ENCONTRO FORTUITO - NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO. I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal,

motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. Habeas corpus denegado.” (**Habeas Corpus** nº 69552/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. de 6 fev. 2007, D.J.U. de 14 maio 2007, p. 347.).

4 CONCLUSÃO, SUPOSTO CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS, DIREITO ELEITORAL, INTERESSE PÚBLICO, PROVAS ILÍCITAS, GARANTISMO PENAL

Em resumo a todo que se expendeu, não acreditamos haver conflito entre o interesse público que cerca o Direito Eleitoral e a vedação ao aproveitamento de provas ilícitas. Não se revela necessário, nesse caso, ponderar. Como já afirmado, o respeito ao Devido Processo Legal (afrontado nas hipóteses de utilização de prova ilícita) é, tal como o Direito Eleitoral, de interesse público, garantindo a higidez do Ordenamento Jurídico e o respeito às garantias individuais.

Não se está diante da dicotômica divisão entre interesse público e privado (Princípio da Supremacia do Interesse Público), típica do Direito Administrativo. Aqui, na questão de provas ilícitas, deparamo-nos com garantia individual, cláusula pétrea da Constituição da República, inalterável até mesmo por Emenda Constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República).

De qualquer forma, ainda que se admita a existência de conflito, evidente que as garantias individuais devem prevalecer na hipótese de prova ilícita, notadamente em razão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cuja eficácia deve ser a mais ampla possível, condizente a um Estado Democrático de Direito. O Ministro Luiz Fux, tratando do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, caracterizou-o, seguindo Fábio Conder Komparato, como norma qualificada. E explicou que

“É que a constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a mesma, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ostentando como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro do universo jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.” (Trecho do voto proferido no REsp. nº 872.630/RJ, j. de 13 nov. 2007, D.J.U. de 26 mar. 2008.).

Por isso, a vedação ao aproveitamento das provas ilícitas é uma questão de garantismo, que não se limita ao âmbito penal, mas serve como espectro de validade aos demais procedimentos judiciais e/ou administrativos.

Significa dizer, em última análise, que a verdade (formal ou real) depende necessariamente da observância às garantias individuais. É nesse sentido a lição de Natalie Ribeiro Pletsch, apoiando-se em Ferrajoli:

“Nos modelos autoritários, o processo se torna a busca da verdade substancial ou material, ou seja, de ‘una verdad absoluta y omnicomprendiva en orden a las personas investigadas, carente de limites y confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales’, o que legitima, inclusive, a produção de provas de ofício pelo juiz e a tortura. A atividade probatória recai sobre o acusado, que, como detentor da verdade, é o objeto da investigação. No modelo garantista, ao contrário, a preocupação está em assegurar a paridade de armas para que acusação e defesa estejam em equivalentes condições de debater, ou seja, comprovar suas teses e refutar as alegações contrárias. A verdade é apenas uma meta e, na tentativa de aproximação, devem ser respeitados os direitos e garantias individuais.” (“op. cit.”, p. 118)

Não se pretende, com o que até aqui foi exposto, amesquinhar o interesse público que cerca o Direito Eleitoral. Definitivamente não. Inquestionável que, diante da magnitude do interesse envolvido (que se liga, em última análise, à cidadania), as punições nas Ações Eleitorais (exceção feita às Ações Penais) podem advir de indícios somados a outros elementos de prova. Nesse sentido, aliás, a doutrina de Marcos Ramayana (2008), que, ao analisar o disposto no artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90, registra que

A norma indica uma regra de interpretação pelos Tribunais e juízes eleitorais, pois, na tutela da integridade das eleições, as provas indiciárias servem como base de fundamentação de uma decisão judicial, desde que concatenadas em elos de interligação para formarem um suporte razoável de convicção e fundamentação.

(...) A garantia da lisura das eleições nutre-se de especial sentido de proteção aos direitos fundamentais da cidadania (cidadão-eleitor), bem como encontra alicerce jurídico-constitucional nos artigos 1º, inciso II, e 14, § 9º da Lei Fundamental.

Entretanto, não se pode, em nome do interesse público, relegar a um plano meramente retórico as garantias individuais, tão duramente conquistadas.

Dessa forma, com os temperamentos advindos da prova emprestada (aí incluído o Encontro Fortuito de Provas, nos casos em que admitido), prova obtida de forma ilícita será assim adjetivada em qualquer tipo de procedimento, eleitoral ou não, pois expressamente rechaçada pela Constituição da República (artigo 5º, inciso LVI), na exata e suficiente medida que atentatória a Princípios e Garantias Individuais.

REFERÊNCIAS

ARANHA, A. J. Q. T. de C. **Da prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL, Lei Complementar n. 64/90.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

GOMES, L. F. Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 51, p. 6, fev. 1997.

GRINOVER, A. P. **As nulidades no Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

PLETSCH, N. R. **Formação da prova no jogo processual penal**: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007. (Monografias, 41).

RAMAYANA, M. **Direito eleitoral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

STRECK, L. L. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais**: constituição - cidadania – violência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.