

A validade das provas ilícitas no processo penal e a análise de adequação do princípio constitucional da proporcionalidade

Fernando Cândido Stellato Ribeiro*

Introdução

O presente estudo visa aprofundar e aperfeiçoar o conhecimento sobre a validade das provas produzidas por meio ilícito, de modo que possa oferecer repercussão jurídica ao Direito Processual Penal e ao Direito Constitucional pátrio.

Evidentemente, seria impossível elencar todas as possibilidades de provas ilícitas que poderiam ou não repercutir no diploma adjetivo repressor, todavia, essa impossibilidade será encarada como um desafio ao pensamento jurídico, confrontando-se a norma com os ensinamentos da doutrina e, ambos, por conseguinte, com o que tem preconizado a jurisprudência superior brasileira.

Mister se faz, ainda, anotar que o tema abordado possui intrínseca subordinação com o próprio Direito Constitucional, o que faz urgir uma íntima interação entre as normas processuais penais e os princípios e garantias constitucionais, permitindo-se uma melhor ilação a respeito dos reais objetivos almejados pelo constituinte originário e da própria realidade interpretativa da legislação processual vigente.

1. Do Estado e sua evolução

1. Justificativa

Inicialmente, cabe-nos tecer breves comentários sobre a evolução do Estado desde a sua forma absoluta até a forma moderna, tal como encontrada nos dias atuais, sob a égide do Estado Democrático de Direito.

A partir desse modelo de pesquisa, cremos ser possível chegar ao escopo do tema enfrentado, qual seja, a validade das Provas Ilícitas no Direito Processual Penal.

A importância de se estudar a evolução do Estado está inserida nas mesmas razões em que está o estudo acerca de sérias discussões travadas em decorrência da aceitabilidade de provas ilícitas no processo penal, sobretudo, porque, ad argumentandum, encarar a possibilidade de aceitá-las, à revelia, aleatoriamente ou de forma desavisada poder-se-ia gerar sérios riscos aos direitos fundamentais esculpidos no petrificado Texto Fundamental de 1988.

Desse modo, exatamente por não serem uníssonos os padrões de aceitação ou rejeição das provas ilícitas no campo do direito repressor, torna-se fundamental o estudo do conceito Estado Democrático de Direito, dentro do seu contexto histórico, empírico e teleológico, unicamente, para que possa permitir maior análise dos institutos principiológicos objetivados pelo Direito Processual Penal e pelo Direito Constitucional.

2. Conceito latu sensu de Estado Democrático de Direito

Assim, não parece demais tingir o conceito de Estado Democrático de Direito utilizando-se da síntese das idéias: “Estado”, “Democracia” e “Direito”.

A bem da verdade, seria bastante “simples” a abstração supracitada sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, mas, em todo caso, inegável é a sua lógica e plausibilidade dentro daquilo que se pode verificar pelas experiências da humanidade vividas em sua própria e simples existência.

De todo modo, a fusão das idéias de “Estado”, “Democracia” e “Direito”, torna profunda a inteligência do instituto.

3. O Estado Absoluto

O Estado Moderno surgiu sob a sua forma de Estado Absoluto e, mais tarde, viria a chegar à sua forma de Estado de Direito, onde se inserirão o Estado Liberal, o Estado Social e por fim, o Estado Democrático de Direito.

A idéia absolutista estava intrinsecamente ligada à monarquia que, por sua vez, à igreja. A figura do rei estava associada à divindade, à fé.

Característica marcante desse período foi a aglutinação das três funções estatais nas mãos de uma só pessoa. Com efeito, esses poderes repousavam unicamente nas mãos do monarca.

Todavia, a idéia do absolutismo não está unicamente ligada à monarquia, notadamente, porquanto que, no período de sua vigência (Séc. XV ao XIX) houve Estados Republicanos Absolutistas, onde o poder de gerência e ingerência executiva, legislativa e judiciária repousava nas mãos do dirigente republicano.

Não se pode confundir, porém, os conceitos de Estado Absolutista com Ditadura, propriamente dita.

Paulo Napoleão Nogueira da Silvai, salienta que há uma caracterização de grande concentração de poder nas mãos dos governantes, porém, diferenciam-se, quanto à existência de direitos pessoais oponíveis pelo cidadão em face da autoridade estatal. Tem-se que no Estado Absolutista há tais direitos, mesmo que mitigados, enquanto que no Estado Ditador, simplesmente, não há.

4. O Estado de Direito

Feitos tais apontamentos e, buscando dar maior amparo lógico-jurídico capaz de levar à uma melhor compreensão do presente contexto, é importante comentar-se acerca do Estado de Direito.

Após o modelo de Estado Absolutista, houve o aparecimento do Estado de Direito, que se traduz nas experiências dos Estados: Liberal, Social e Democrático.

Melhor dissecando, entende-se que o surgimento do Estado de Direito deveu-se à necessidade de interferência do Estado nas relações individuais, fazendo carecer de regulamentação essa mesma interferência estatal e, assim, o objetivo da previsão formal de normas para a atuação estatal, cingia-se na limitação do poder do Estado nas relações individuais, mas nem sempre no Estado de Direito houve a interferência estatal com a mesma intensidade. É o caso do Estado Liberal.

Em regra, a formalidade entre as relações privadas e abstinência de intervenção estatal – características do Estado Liberal, não se mostrava suficiente à garantia dos ideais para os quais fora criada, razão maior, então, para o aparecimento do Estado Social e, por fim, do Estado Democrático de Direito.

A idéia da legalidade pura e nata, mas intrínseca ao Estado (Estado Liberal), produzia a idéia baseada num falso axioma de que “tudo se poderia fazer desde que não fosse expressamente proibido”.

A liberdade individual, que antes se via cultuada estritamente a partir da liberdade de “ser” e arraigada na liberdade de “ter”²; sem dúvidas, teria marcado a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Sobreveio, a posteriori, a idéia do Welfare State, que aplicou novos moldes às idéias de limitações legais ao Estado, às idéias de prestações³ devidas por este.

Nasce, então, uma nova geração de direitos fundamentais.

Aliado da idéia de intervenção estatal para se garantir direitos sociais, está a vontade social nas formulações de regras de sujeição e participação do Estado em todas as relações de direito e, com isso, ao final, adveio o aparecimento do modelo “democrático” e sua inserção ao Estado de Direito.

5. O Estado Liberal e o Estado Social

Em contraposição ao modelo absolutista, surge o Estado de Direito, que preocupava-se com as relações advindas de uma sólida ou aparente relação de direito, acrescentando-se, pois as idéias dos modelos de Estado Liberal e Estado Social.

Dotados de características totalmente contrapostas, nota-se que, primeiramente no Estado Liberal, uma abstinência da presença do Estado face às relações privadas, do ponto de vista privado; já com relação do Estado Social, há o surgimento de uma preocupação de intervenção estatal “mínima”, mesmo nas relações privadas, mas voltadas para a questão do “bem estar social”, do ponto de vista público.

Sofrendo influência dos resquícios do próprio Iluminismo, a fé no monarca foi, paulatinamente, deixando de ser exercida e a razão passou a ser melhor utilizada.

Cumprido ressaltar o modelo liberal francês que, de maneira somática, caracterizou-se pela existência dos três estados: Clero, Nobreza e Burguesia, respectivamente, quando se passou a repensar num novo modelo que se preocupasse com o fator social. Vem à lume a Revolução Francesa pregando, liberdade, igualdade e fraternidade

Claramente, pode-se ver, aqui, a interferência, dentre outros fatores, do estudo de Montesquieu que restou materializado na obra “Do Espírito das Leis”⁴.

Mas com a separação e independência dos poderes, somados ao conceitos advindos dos pensadores contratualistas da época, o Estado Liberal abstém-se de intervir nas relações contratuais, garantindo, com isso, a liberdade individual.

Essa liberdade individual extremada, somada às interferências da própria Revolução Industrial, fez surgir o individualismo contratual, onde o Estado não poderia interferir nessa relação de efeito inter-partes.

Ocorre que essa abstenção estatal – Estado Mínimo, nas relações contratuais veio trazer graves problemas à própria ordem social, notadamente, porquanto que direitos humanos passaram a ser violados e violava-se, também, a própria sensatez existencial.

Com efeito, clássicos exemplos dessa violação de direitos humanos com o escopo capitalista, destaca-se aqueles que se relacionam ao direito do trabalho, tais como jornadas de trabalho exorbitantes, trabalho infantil, etc.

Como consequência dessas situações o Estado passou a intervir nas relações contratuais, impondo, outrossim, o cumprimento de normas cogentes. Fato este que se mostra marcante para caracterizar a fase de transição do Estado Mínimo Liberal para o Estado Social.

Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan⁵ de Moraes muito bem retratam a característica fundamental dessa transição, observe-se:

[...]A partir de meados do século XIX percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdos no Estado Liberal, quando este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou a agir como ator privilegiado do jogo sócio-econômico.

No final do Século XIX, viria a ser considerado, também, outro componente que passa a integrar o Estado Social, qual seja, a justiça social e com esse novo componente começa-se a construir o novo modelo estatal.

6. O Estado Democrático de Direito

A idéia do Estado Democrático de Direito, na verdade, “significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.⁶

Não se pode imaginar um Estado Democrático com ausência da participação da vontade do povo, sem participação coletivismo, sem o rogo simbólico de todos aqueles integrantes da respectiva sociedade.

Veja-se como leciona a professora Maria Isabel Pereira da Costa⁷:

[...]quando o Estado é criado pela vontade de todos, sendo que todos os componentes de uma sociedade têm a oportunidade de manifestar-se, não apenas sobre a criação do Estado, mas também sobre sua estrutura, seu funcionamento e os fins a que se destina, podemos dizer que esse Estado, além de ser de Direito, também é Democrático.

Se a vontade de todos é o que efetivamente dá legitimidade aos atos praticados pelo Estado, logo, os atos que não se revistam dessa legitimidade, deve, outrossim, ser afastado da obrigatoriedade pelo seu cumprimento.

No Estado Democrático de Direito, é visível o tratamento diferenciado, protegendo-se, extremadamente, as garantias fundamentais ao mesmo passo em que as instituíam. Observando-se os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana como espedeque intrínseca ao próprio existencialismo humano, sendo sua regulação, revestida de moldes democráticos garantistas.

A partir da instituição do Estado Democrático de Direito, começou haver preocupação oposta ao revelado pelo período absolutista, preservando-se extremadamente aqueles outros bens jurídicos mitigados pelo modelo do Estado Absoluto.

Com efeito, trata-se de extremos opostos vividos pela humanidade – Estado Absoluto e Estado Democrático de Direito, ambos, como o “fel” e o “mel”, respectivamente, o amargo

e o doce como mudança de sabores, simplesmente, de maneira abrupta, sem, contudo haver o equilíbrio proporcional e razoável, o ideal, o sabor insosso que caracterizaria o balanço adequado.

Ao contrário do se que pode parecer, não estamos a renegar o Estado Democrático de Direito, ao contrário, estamos a defendê-lo, mas de modo que se veja por seus objetivos e persecussões amplamente moderadas. É necessária a preservação, in totum, do Estado Democrático de Direito, devendo, inclusive, o Estado de Direito reprimir qualquer ação atentatória à Democracia.

2. Da dignidade da pessoa humana

Sempre que algo orbita em torno da esfera do individualismo humano, há que se falar em bens característicos que reclamam, por conseguinte e em nome da dignidade da pessoa humana, considerações pelo direito pátrio. É o caso do tema “validade das provas ilícitas no Processo Penal”.

Miguel Reale⁸ empresta significação objetiva ao instituto jurídico: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

Aliás, poder-se-ia situar a dignidade humana no mesmo patamar daquilo que se conhece por “essência humana”, pois a essência situa-se dentro do que a própria natureza oferece.

Talvez, por isso, em algum momento da história o Direito Natural ter-se-ia interessado pela essência humana, seja pelo desrespeito às condições humanas constatadas pelas atuações bélicas ou mesmo pelas situações em que o homem, enquanto “ser humano” foi utilizado como mero “objeto” para se atingir determinado objetivo político em nome do “ente coletivo”.

Mas as experiências decorrentes do humanismo e do jusnaturalismo funcionaram como verdadeiras chaves primordiais e capazes de destravar e interpretar aparentes conflitos entre

as normas constitucionais que, eventualmente, poder-se-iam se contrapor no que diz respeito á dignidade da pessoa humana, afinal, o interesse privado pertence ao homem na mesma medida em que, também, o interesse coletivo a este lhe diz respeito, formando-se, pois, uma intersecção, uma possível área de conflitos entre esses mesmos interesses.

Revista Jus Vigilantibus, Sexta-feira, 15 de agosto de 2008

*Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UniDF e pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto de Cooperação e Assistência Técnica do Centro Universitário do Distrito Federal – ICAT/UniDF.

Disponível em:

<http://jusvi.com/artigos/35406>

Acesso em: 15 agosto 2008.