

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CAMILA SCHERAIBER

AS PROVAS ILÍCITAS E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

**CURITIBA
2007**

CAMILA SCHERAIBER

AS PROVAS ILÍCITAS E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. José Laurindo de Souza Netto.

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA SCHERAIBER

AS PROVAS ILÍCITAS E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2007.

É inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male captum bene retentum*): significa ela, ao mesmo tempo, a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade. No Estado de Direito, a repressão do crime não pode realizar-se pela prática de ilícitos, que são freqüentemente ilícitos penais.

Ada Pellegrini Grinover

SUMÁRIO

RESUMO	05
1 INTRODUÇÃO	06
2 DA TEORIA GERAL DA PROVA ILÍCITA	08
2.1 A NECESSÁRIA BUSCA DA VERDADE REAL.....	08
2.2 DO CONCEITO DE PROVA PENAL.....	11
2.3 DA FINALIDADE E DO OBJETO DA PROVA.....	14
2.4 DOS MEIOS DE PROVA.....	16
2.4.1 O direito à prova e suas restrições.....	16
2.4.2 As provas consideradas ilícitas.....	18
2.4.3 As denominadas provas ilegítimas e as provas emprestadas.....	21
3 DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO SISTEMA PROBATÓRIO BRASILEIRO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS	23
3.1 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS..	24
3.2 DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	29
3.3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	32
3.4 DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR.....	40
4 DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	42
4.1 AS PROVAS ILÍCITAS COMUMENTE UTILIZADAS.....	42
4.1.1 Sigilo de dados e das comunicações telefônicas.....	45
4.2 SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS....	47
4.2.1 Espécies de captação de conversa e a abrangência da Lei 9.296/96.....	48
4.2.2 Requisitos das interceptações telefônicas.....	52
5 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

RESUMO

Impõe o ordenamento constitucional nacional que o julgador – quando diante de uma conduta típica, antijurídica e culpável – fundamente sua decisão condenatória em meios probatórios idôneos. Essa imposição é baseada no princípio do livre convencimento motivado do magistrado, somada à necessária busca pela verdade real no âmbito do Processo Penal. Constitui princípio constitucional e garantia de todo cidadão, a inadmissibilidade das provas ilícitas, isto é, aqueles instrumentos probatórios obtidos com afronta à intimidade, à privacidade ou a qualquer direito fundamental do acusado, não são hábeis a sustentar nenhuma decisão judicial. Ressalta-se, preliminarmente, que a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas é atenuada pela existência da regra alemã da proporcionalidade, a qual, ao seu turno, acarreta acaloradas discussões entre os juristas brasileiros. A problemática da prova ilícita e a discussão doutrinária e jurisprudencial de sua inadmissibilidade ou admissibilidade ganha relevante contorno quando envolta no âmbito do Direito Processual Penal, que cuida dos mais importantes bens jurídicos do ser humano, a vida, a liberdade e a integridade física. O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar quais são as peculiaridades da teoria geral da prova ilícita, seu conceito, suas particulares teorias – *fruits of the poisonous tree* e proporcionalidade – e as distinções com as provas ilegítimas e emprestadas. As provas ilícitas em espécie comumente utilizadas, com especial atenção às denominadas interceptações telefônicas e a regulamentação pela Lei 9.296/96, que envolvem o sigilo das comunicações serão abordadas na segunda parte deste trabalho, assim como os requisitos necessários para sua autorização judicial e as polêmicas levantadas no meio doutrinário sobre tal temática.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; provas ilícitas; teoria dos frutos da árvore envenenada; proporcionalidade; interceptações telefônicas.

1 INTRODUÇÃO

Norteia os fundamentos probatórios do Direito Processual Penal o chamado princípio da verdade real. Em sede oposta àquele que conduz as lições de Direito Processual Civil – o princípio da verdade formal – almeja o Processo Penal a reprodução dos eventos que realmente ocorreram no mundo fático. Não obstante essa necessidade, tem o Magistrado o livre convencimento motivado no momento da apreciação da prova penal. Em outras palavras, imperioso o fundamento judicial em cada decisão, a qual pode ser pautada por qualquer das provas colacionadas ao conjunto probatório. A busca pela verdade real impõe, ainda, a possibilidade de produção probatória pelo juiz.

Ocorre que com a crescente criminalidade organizada, fruto da sociedade de risco, massificada e moderna, e na ânsia de oferecer uma resposta eficiente às pessoas que clamam por justiça, cada vez mais órgãos estatais lançam mão de instrumentos probatórios que afrontam a dignidade, a intimidade e a privacidade do acusado, isto é, violam direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Por diversas vezes um fato delituoso somente é solucionado com a utilização de meios que invadem a esfera íntima do acusado, e, por consequência, de terceiros. Tomam corpo, neste âmbito, as já conhecidas provas ilícitas, trazendo consigo, todas as discussões atinentes às interceptações de correspondência, telefônicas, de comércio eletrônico, invasões de escritórios profissionais, as quebras de sigilo, bancário e fiscal, e, até, a prática de tortura com o fim de se obter a famigerada verdade real.

O presente estudo não tem por escopo, de forma alguma, apresentar a totalidade da teoria geral da prova ilícita. O aprofundamento do estudo das provas ilícitas merecerá estudo em separado. Circunscreve o objeto da pesquisa, portanto, as questões gerais sobre a prova ilícita, seu conceito, suas diferenças com as provas ilegítimas e emprestadas, a teoria dos frutos da árvore envenenada, a inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro e a mitigação dessa teoria com a regra da proporcionalidade. Num segundo momento, analisar-se-ão as peculiaridades existentes no tocante às interceptações telefônicas, a existência de lei regulamentadora específica e os requisitos para sua determinação.

Vale salientar que a atenção da sociedade às chamadas provas ilícitas, devido ao tratamento dado pela mídia no tocante à sua utilização pelos magistrados

e aos últimos escândalos ocorridos (como exemplo, citam-se as operações – *Hurricane* e *Themis* – realizadas pela Polícia Federal nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro com a utilização de escutas telefônicas e ambientais, além da quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico dos envolvidos), faz uma curva crescente. Contudo, como é cediço, cuida o Direito Penal, e, por conseguinte, o Direito Processual Penal, de bens jurídicos extremamente relevantes e que constituem, muitas das vezes, direitos fundamentais do homem, tais como, a vida, a liberdade, a integridade física e psicológica e a honra. Elevando tal fato como parâmetro, torna-se de fácil compreensão que o juiz penal deve buscar sempre a verdade real ou material, aproximando-se, com o máximo de eficiência, do que realmente aconteceu.

A grande questão, e é aqui que tem raízes a problemática desta pesquisa, é a utilização, pelos magistrados, das provas consideradas ilícitas, a fim de punir e condenar os autores, não só dos crimes econômicos, como de todos os delitos. O uso desmedido de meios de prova ilícitos, com o ataque constante aos direitos fundamentais do cidadão, tem servido para provar a materialidade e a autoria delituosa.

O estudo e a pesquisa sobre os meios de prova ilícitos, as escutas telefônicas, ambientais, as quebras de sigilo bancário, telefônico, de correspondência e fiscal, além das invasões à domicílio e aos escritórios profissionais, despertam atenção e curiosidade não só dos operadores do Direito, como também da massa populacional, diante das notícias veiculadas pela mídia jornalística, quase que diariamente.

Dessa forma, apresentar-se-á a teoria geral das provas ilícitas, inicialmente, e, posteriormente, dar-se-á especial atenção às interceptações telefônicas, ao conceito de sigilo das comunicações, às diversas espécies de captação de conversa e aos requisitos necessários à sua autorização judicial. Diante das muitas conseqüências processuais penais, os meios de provas tornam-se cada vez mais objeto de preocupação dos estudiosos e operadores do direito.

2 DA TEORIA GERAL DA PROVA ILÍCITA

2.1 A NECESSÁRIA BUSCA DA VERDADE REAL

Como é sabido, concerne à relação processual penal a aplicação do princípio da busca da verdade real, também denominada material ou substancial, divergindo, assim, do princípio aplicável nas relações processuais civis, qual seja, o princípio da verdade formal ou instrumental. Isso ocorre devido ao fato de que no âmago do processo penal encontram-se, em discussão, direitos fundamentais do homem, como, por exemplo, a vida, a liberdade e a integridade física e psíquica.

Registre-se que no processo civil, pode o juiz contentar-se com a verdade formal dos fatos quando se tratar de direitos disponíveis, limitando-se a acolher o que as partes trazem aos autos ou rejeitando a demanda por falta de elementos probatórios¹.

O princípio da busca da verdade real foi o que mais influenciou a evolução da formação estrutural do processo penal brasileiro. É assim que dispõem as considerações de Afrânio Silva Jardim:

Talvez não seja exagerada a afirmação de que o princípio processual que, historicamente, mais influenciou na evolução estrutural do processo penal foi o da busca da verdade real. A evolução dialética do processo romano individualista para o sistema acusatório público muito se deveu, no processo penal, à noção de que ao Estado, também interessa conhecer a verdade dos fatos, para bem poder prestar a sua jurisdição, função pública por natureza. Tal interesse se faz alcançar também através da atividade probatória das partes, mas está acima do estímulo destas, devendo ser perquirido pelo Juiz até mesmo diante da inércia ou contra a vontade dos demais sujeitos processuais. (...) A busca da verdade real ou material, consagrada na segunda parte do art. 156 do Código de Processo Penal, é

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini. e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 65. Ainda neste sentido, dispõem os autores: “No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença. (...) À vista disso, quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões à verdade formal. Nas causas versando direito de família ou infortunistica, de longa data se faz presente o órgão do Ministério Público e o juiz não está vinculado ao impulso das partes. Eis o fundamento político-jurídico do princípio. No campo do processo civil, embora o juiz não se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas, na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal (...)”.

uma decorrência da própria natureza do bem da vida e dos valores que justificam a existência mesmo do processo penal: o interesse do Estado em tutelar a liberdade individual. Tratando-se de direito irrenunciável, cuja fruição deve ser assegurada pelo Poder Público no limite do interesse coletivo, tornou-se imperioso jurisdicizar o *ius puniendi* do Estado, a fim de que se pudessem utilizar métodos capazes de levar ao conhecimento de um julgador neutro e imparcial o que realmente ocorreu no mundo fático. Como se sabe, assim como ao Estado não interessa a absolvição de um culpado, também não lhe interessa a condenação de um inocente².

Nesta esteira, torna-se obrigação do magistrado atuante no processo penal, sair em busca da verdade material, isto é, aquela que mais se aproxima dos fatos realmente ocorridos³. Esta linha de pensamento é diversa daquela apresentada pela doutrina tradicional no final do século XIX, que, ao afirmar a necessidade de imparcialidade do juiz no processo, restringia os seus poderes instrutórios, de modo a considerá-lo “coisa das partes” (*sache der parteien*)⁴.

Não obstante tal obrigação, salienta-se que jamais o julgador, no processo, pode assegurar ter alcançado a verdade objetiva, correspondente perfeitamente ao acontecido. Isso vem do próprio conceito de verdade, o qual nunca será absoluto ou ontológico, e também da conclusão de que há impossibilidade de se reconstruir, nos autos, o fiel retrato do delito. A verdade, portanto, é sempre relativa.

A verdade encontrada dentro dos autos, destarte, pode, facilmente, não corresponder com a verdade encontrada no mundo dos homens. Afirma Paulo Rangel, neste sentido, que:

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta (**dentro dos autos**), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de provas) para julgar admissível ou não a pretensão executória. Afirmar que a verdade, **no processo penal**, não existe é reconhecer que o juiz penal decide com base em uma mentira, em uma inverdade. Ao mesmo tempo, dizer que ele decide com base na verdade real, como se ela fosse única, é uma grande mentira. O que há então? Há, **dentro dos autos do processo criminal**, um consenso diante das provas que nele se encontram. (Grifo no original)⁵.

² JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 200.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 95.

⁴ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72.

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 413-414.

Ainda sobre o tema – a busca da verdade real, dispõe Guilherme de Souza Nucci:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica em provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu⁶.

Conclui-se, assim, que a busca da verdade real, imperiosa no processo penal, remete-se diretamente ao poder instrutório do magistrado, atividade essa imprescindível à formação de sua convicção. Neste passo, o juiz é compelido a buscar provas, assim como as partes, não assumindo aquela postura passiva do julgador de antigamente.

O Código de Processo Penal faz referência ao princípio da busca da verdade real em diversos dispositivos, os quais demonstram a possibilidade da produção probatória de ofício pelo juiz. São eles, dentre outros, os artigos 147, 156, 209 e 234.

Ademais, sabe-se que a doutrina processualística civil, em inúmeros autores, dispõe sobre a relativização do princípio da verdade formal, podendo o juiz, a fim de julgar mais próximo daquilo que realmente ocorreu, invocar a inteligência do artigo 130 do Código de Processo Civil⁷, que lhe dá poderes para determinar espontaneamente as provas processuais.

Tanto no âmbito do processo penal, quanto no âmbito do processo civil, as providências determinadas de ofício pelo magistrado não objetivam somente o alcance da verdade real, mas também a efetividade do processo e da justiça, princípio este que deve nortear todas as atuações do juiz com o intuito precípua de atingir a paz social. A busca da verdade real se dá por intermédio dos meios de

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 95.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 285.

prova, que são todos os instrumentos utilizados pelo magistrado e pelas partes para a aferição da verdade dos fatos. Os meios de prova poderão ser lícitos ou ilícitos, como se verá adiante.

Finalmente, ressalta-se que a busca da verdade real pelo magistrado não é ilimitada, já que existem vedações legais e constitucionais, como por exemplo, a proibição de escuta telefônica sem a devida autorização judicial. A utilização de provas ilícitas pelos juízes advém da busca pela verdade real. Essa prática é permitida no ordenamento jurídico brasileiro? A primeira resposta é que não. Todavia, verificar-se-á, nos tópicos seguintes, a utilização da prova ilícita para o favorecimento da situação do réu.

2.2 DO CONCEITO DE PROVA PENAL

Pode-se considerar a prova como o elemento central de um processo, seja ele cível ou penal. Isso porque é por intermédio dela que se afere o juízo de certeza moral do magistrado em aplicar a lei, com o intuito de, como afirmado anteriormente, buscar a verdade nos autos do processo, satisfazer a pretensão e atingir a justiça social. Além disso, a prova tem um papel de limitador da atuação do Estado, agindo no interior de um modelo de *prova necessária*, consoante ensinamento de Tiago Ivo Odon:

A prova, portanto, é elemento fundamental de um processo penal de liberdade, que, após a mudança do paradigma filosófico com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, passou de um modelo de *prova suficiente* para condenação para um modelo de *prova necessária*, dada as barreiras colocadas diante do Estado da presunção de inocência de qualquer acusado e do monopólio da lei na determinação do delito e da cominação da pena. Todavia, o processo penal contemporâneo sofre um refluxo nessa revolução – que ainda sequer teve tempo para se assentar na cultura jurídica brasileira, dados os poucos anos de vida da Constituição garantista de 1988 -, traduzido no uso político do processo penal para fins de segurança pública, criando o fenômeno da “jurisdição política”, o que vem afetando de forma expressa a produção e a valoração da prova no processo, o qual, de processo de liberdade e de partes, volta a se transformar em processo de segurança e do Estado⁸.

Contudo, o termo “prova” no Direito Processual Penal abrange diversos sentidos, motivo pelo qual os doutrinadores divergem quanto à sua conceituação. É

⁸ ODON, Tiago Ivo. **A prova e a busca pela verdade no direito processual penal**. Revista dos Tribunais. V. 824. Junho de 2004. 93.º ano. P. 443-463.

pacífico, todavia, que a palavra “provar” vem do latim *probare* e significa demonstrar ou verificar, ou seja, atestar a veracidade. Já o substantivo “prova” vem do latim *probus* e significa bom, correto, honrado⁹.

Em sua conceituação mais clássica, oferecida por Nicola Framarino Dei Malatesta¹⁰, a prova é “a soma dos fatos produtores de certeza, ou o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.

Guilherme de Souza Nucci expõe, com clareza, os três sentidos que a palavra prova pode ter: ato de provar, meio de prova e resultado da ação de provar. Dispõe o autor:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo *prova*: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise de instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, os dois primeiros sentidos dizem respeito à ótica objetiva, enquanto o terceiro refere-se à ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória desenvolvida¹¹. (Grifo no original).

No mesmo sentido apresentado por Nucci, posiciona-se a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho¹².

⁹ ODON, Tiago Ivo. **A prova e a busca pela verdade no direito processual penal**. Revista dos Tribunais. V. 824. Junho de 2004. 93.º ano. P. 443-463. Afirma o autor que este significado de prova a coloca intimamente relacionada à concepção de verdade, unicidade, correspondência com o real (beleza). Não obstante a afirmação de Tiago Odon, de que prova vem do termo latino *probus*, Guilherme de Souza Nucci *in* NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 363, afirma que prova vem do latim *probatio* e significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação.

¹⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Saraiva, 1960. *apud* MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Impactus, 2006. p. 31-32.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 363. Essa mesma conceituação está disposta na obra de GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41-43.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. vol. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215. Afirma o autor que “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entende-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento da verificação do *thema probandum*. Às vezes, emprega-se a palavra *prova* com o sentido de ação de provar. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não. (...) Por isso, com acerto diz Dellepiane: provar um fato é estabelecer no processo a sua existência, é demonstrar que existiu antes ou que existe na atualidade”.

A conceituação de prova ganha maior importância quando referida ao âmbito processual penal. Ao transportar-se para o âmbito cível, percebe-se que há dispensa da prova em algumas situações, tais como os fatos notórios e os fatos presumidos. Ademais, salienta-se que não se faz prova do direito, e sim dos fatos¹³. Vigora, deste modo, no cível, o princípio que dispensa a prova em determinadas situações. Já no âmbito penal, tal princípio não se aplica, devendo existir prova ainda que ocorra, por exemplo, a confissão plena do acusado¹⁴.

Assim sendo, conclui-se que a prova penal é aquela que atesta a veracidade do fato ocorrido, especialmente no que tange à materialidade e à autoria do delito. É neste passo que se encontra a doutrina de Irajá Pereira Messias, ao conceituar a prova penal:

A prova penal é, pois, a demonstração do conjunto de fatos e circunstâncias que convencem da ocorrência de um fato que interessa ao Direito Penal, no tocante à materialidade e à autoria, bem como da existência de causas que justifiquem a ação ou omissão, excluindo a criminalidade ou incidindo na demonstração de maior ou menor intensidade de dolo ou de culpa do agente, para a fixação da responsabilidade criminal¹⁵.

Desta feita, tem-se que, seja qual for o caminho adotado para a produção da prova penal, seu objetivo se confunde com a sua conceituação: obter a certeza jurídica do fato delituoso, em suas facetas de materialidade e autoria. Por fim, vale ressaltar que se deve atentar aos ditames do denominado processo penal moderno no tocante ao direito probatório penal. Isso significa atender às garantias constitucionais e aos valores democrático-liberais da Carta Magna, assim como proteger o bem jurídico da liberdade, quando da persecução penal.

¹³ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33-34.

¹⁴ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Impactus, 2006. p. 33. Deve-se atentar ao fato de que, se num primeiro momento não é necessária a produção de prova quanto ao estado das pessoas, em algumas situações ela é indispensável ao deslinde da questão e até mesmo para agravar a situação do réu. Assim, segue, para ilustrar: “Nos crimes contra os costumes, para o reconhecimento da causa especial de aumento por ser o agente casado (artigo 226, III, do Código de Processo Penal) necessária se faz a prova do estado civil mediante certidão de casamento, segundo preceituam os artigos 155 do CPP e 202 do CC, pois não é infreqüente, entre nós, algumas pessoas que considerem casadas quando, na verdade, só possuem ligações religiosas”. (TJSP, Apelação. Relator Des. Luiz Betanho. RT 671/305). Ainda: “A alegação de menoridade do réu há de ser comprovada mediante prova documental específica e idônea, consistente na certidão de nascimento ou mesmo na apresentação da carteira de identidade expedida por órgão oficial. A mera referência ao auto de qualificação, lavrado pela autoridade policial, onde está consignada a data de nascimento do paciente é insuficiente para o reconhecimento do benefício de atenuação da pena”. (Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 70.060-8. Relator Ministro Ilmar Galvão. DJU 16/04/1993, p. 6.436).

¹⁵ Id., 2006. p. 33.

Assim bem observa Tiago Ivo Odon:

O processo penal moderno, então, incorpora os valores democrático-liberais da discussão, da igualdade, do direito à palavra, que excluem verdades de autoridade e postulam a liberdade e paridade dos disputantes, a tolerância das hipóteses em conflito, a relatividade das provas e, como bem apontou Antônio Magalhães Gomes Filho, o direito à prova. São essas as premissas do sistema acusatório e do sistema garantista penal positivado constitucionalmente: o ônus da prova a cargo do acusador; a presunção de inocência até prova em contrário; o contraditório como método de busca da verdade; a imparcialidade do juiz; os critérios de exclusão das provas não creditáveis pela fonte (provas ilícitas); e a livre convicção do juiz. (...) Como visto, atualmente, no Estado Democrático de Direito, os julgamentos criminais só são dotados de legitimidade se fundados em provas capazes de superar a presunção legal de inocência do acusado, e a partir do princípio anunciado por Leibniz, quem alega deve demonstrar (art. 156 do CPP brasileiro). Nesse sentido, a prova hoje traduz uma necessidade de correção epistemológica com o fim de garantir direitos fundamentais constitucionais; ou seja, garantir a liberdade negativa dos cidadãos, maior bem jurídico a ser tutelado pelo Estado Liberal criado a partir da Revolução Francesa¹⁶.

Unidos ao conceito de prova penal encontram-se sua finalidade e objeto, por conseguinte analisados.

2.3 DA FINALIDADE E DO OBJETO DA PROVA

Consoante afirmação anterior, com a prova penal intenta-se a confirmação de um fato alegado, isto é, busca-se convencer o julgador da veracidade do fato alegado. É válido ressaltar, igualmente, que pretende a prova penal a verdade dita processual, aquela que está dentro dos autos do processo criminal e que pode sim ser diversa da verdade real, objetiva.

Além disso, a produção de prova penal determinada pelo juiz afirma, do mesmo modo, a busca da verdade real, considerada também a finalidade da prova. Neste sentido os Tribunais nacionais apresentam diversos julgados¹⁷.

¹⁶ ODON, Tiago Ivo. **A prova e a busca pela verdade no direito processual penal**. Revista dos Tribunais. V. 824. Junho de 2004. 93.º ano. P. 443-463.

¹⁷ Recurso Ordinário em mandado de segurança 19512, do Paraná. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Publicado no DJ de 29/06/2007; e Habeas Corpus 66600, de Minas Gerais. Relator Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Publicado no DJ de 25/06/2007. Afirma este último julgado que “Não há que se falar em nulidade do feito por ter o Julgador determinado a oitiva de testemunha que havia prestado depoimento durante o inquérito, por entender que tal prova seria necessária à busca da **verdade real**”.

O direito anglo-americano apresenta a denominação de *probable truth*, ou seja, a verdade atingível ou possível no âmbito processual¹⁸. De qualquer forma, o objetivo precípua da fase probatória é a verificação da veracidade do fato alegado. Quanto ao significado da *probable truth*, doutrina Antonio Magalhães Gomes Filho:

Disso resultam visões igualmente diferenciadas em relação às concepções da *prova*, bem como da *verdade* que através dela se pode obter: a primeira, resultante da assimilação da tradição tópico-retórica, é vista como *argumentum* e não pode prescindir do momento da *persuasão*; e a *verdade* perseguida é aquela própria das coisas humanas, que sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético (*probable truth*). Assim, reconhecida a inviabilidade da obtenção, através da pesquisa probatória, de um resultado absolutamente verdadeiro, valorizam-se os aspectos relacionados à correção do procedimento; de acordo com a chamada *sporting theory of justice*, o que conta não é somente o resultado do acerto dos fatos, mas principalmente a lisura no encontro dialético entre as partes contrapostas; daí inclusive a vedação de incorporação de provas que possam ferir outros direitos reconhecidos pelo ordenamento; por isso, ao lado de um verdadeiro *direito* à incorporação de provas, pode-se falar, no sistema anglo-americano, igualmente, em um *direito* à exclusão das provas que não atendam aos requisitos da legalidade. (Grifo no original)¹⁹.

Gomes Filho abre a discussão acerca das provas inadmissíveis no processo, tema este que será aventado adiante. No tocante ao objeto da prova penal, afirma-se que se tratam dos fatos que foram alegados pelas partes. Registre-se, novamente, que somente os fatos são objetos de prova e não o direito. Excepcionalmente, contudo, é imperiosa a produção de prova de dispositivo legal ao se abordar normas internacionais, estaduais ou municipais (nestes dois casos quando se tratar de localidade diversa daquela de competência do magistrado)²⁰. Esta regra está disposta no artigo 337 do Código de Processo Civil.

Ademais, não precisam ser provados – também no processo penal – os fatos notórios, presumidos (contém uma presunção legal absoluta) e os irrelevantes ou impertinentes. Fatos notórios são aqueles nacionalmente conhecidos²¹. Fatos

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 366.

¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 39-40.

²⁰ NUCCI, op. cit., p. 366.

²¹ Afirma João Batista Lopes, in LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33, sobre os fatos notórios: “O conceito de fato notório não é muito preciso na doutrina. Deve-se afastar, porém, a idéia de que notório seja o fato conhecido de todos, porque, em nível processual, raros são os fatos que possuem esse atributo. (...) Mais adequado é afirmar que a notoriedade é um conceito relativo, que depende das circunstâncias de tempo e lugar. Fatos notórios são, assim, aqueles cuja existência é conhecida geralmente dos cidadãos de cultura média, no tempo e lugar em que a sentença é proferida”.

presumidos são aqueles que não comportam prova em sentido contrário, *v.g.*, o menor de 18 anos é inimputável. Fatos irrelevantes ou impertinentes, a seu turno, são aqueles que não dizem respeito ao deslinde da questão.

2.4 DOS MEIOS DE PROVA

São considerados meios de prova todos os recursos ou instrumentos utilizados nos autos do processo para alcançar a verdade dos fatos. Tourinho Filho oferece um conceito amplo: “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo²²”.

São meios de prova, por conseguinte e dentre outros, a prova documental, testemunhal e pericial. Eles podem ser classificados em meios de prova lícitos, em conformidade com o ordenamento jurídico, e ilícitos, por sua vez, contrários ao ordenamento jurídico.

É válido registrar que somente os meios de prova lícitos devem ser valorados pelo julgador quando do momento de sua decisão processual. Dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal que todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico – lícitas – podem ser produzidas, com observância da natureza do direito que rege a questão, tais como aquelas que dizem respeito ao estado das pessoas (ou seja, neste caso, com os ditames da lei civil; por exemplo, para se provar o estado civil do casamento, utiliza-se a certidão de casamento).

2.4.1 O direito à prova e suas restrições

Em decorrência do princípio da ampla defesa e do contraditório, assevera-se que o réu tem direito à prova²³. Dispõe Eugênio Pacelli de Oliveira²⁴, ainda, que é “desnecessário afirmar que igual direito assiste ao órgão da acusação, já que aquele, o direito do réu à prova tem como pressupostos a existência e o exercício daquele, o da acusação”.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. vol. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 219.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 339.

²⁴ *Id.*, 2004. p. 339.

Não obstante constituir o direito à prova uma liberalidade constitucional do réu, não é ilimitado. Pode o julgador estabelecer limites à produção probatória, analisando os preceitos valorativos em discussão. É nesta linha que dispõe Antonio Magalhães Gomes Filho²⁵: “Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção”.

Os direitos humanos, como é sabido, não podem ser considerados em sentido absoluto, haja vista a natural restrição imposta pelo princípio da convivência das liberdades. Este princípio afirma que nenhuma liberdade pode ser exercida de modo danoso à ordem pública ou a qualquer liberdade alheia. Assim dispõe Grinover, Fernandes e Gomes Filho: “a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”²⁶.

Salienta-se que a prova também oferece uma função dita legitimadora, já que fundamenta e motiva as decisões judiciais. Assim, mais um motivo para o direito à prova cercar-se de limites, sejam eles éticos, morais, valorativos ou jurídicos.

Dispõe Gomes Filho, sobre o tema que

Daí resulta a indeclinável exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc. – cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo é realizado. Assim como o saber científico, que só adquire esse *status* na comunidade acadêmica após uma rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delimitados no seu processo de construção, sem os quais confundir-se-ia com um intolerável arbítrio do juiz. (...) Esses limites probatórios podem ter fundamentos *extraprocessuais (políticos)*, como ocorre em relação à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, ou *processuais (lógicos, epistemológicos)*, quando se excluem, por exemplo, as provas impertinentes, irrelevantes, ou que possam conduzir o julgador a uma avaliação errônea²⁷. (Grifo no original).

Num primeiro momento, e seguindo o entendimento de Gomes Filho, fala-se em regras de admissibilidade das provas, e, também, das noções de pertinência e relevância. Ante o referido, portanto, o direito à prova comporta como seu reverso, o

²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 91.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 105.

²⁷ GOMES FILHO, op. cit., p. 92-93.

direito à análise, pelo julgador, da admissibilidade da produção probatória. Admissibilidade que se refere à questão da validade e eficácia do ato processual passível de afirmar a certeza jurídica do fato. Conclui o autor que:

A *admissibilidade* da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: *inadmissibilidade*, *proibição de prova*, “*exclusionary rules*”²⁸. (Grifo no original).

Tourinho Filho²⁹ afirma, num primeiro momento, que, ao vigorar no processo penal o princípio da verdade real, seria lógico que não houvesse qualquer limitação à prova, sob pena de desvirtuamento do interesse estatal na justa aplicação da lei. Mais adiante, o autor afirma que o rol de meios de prova apresentado no Código de Processo Penal não é taxativo, existindo, assim, restrição a aqueles meios que repugnam a moralidade ou atentam contra dignidade da pessoa humana. Por fim, diz que são inadmissíveis em face das limitações impostas pelos princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.

Mais uma vez, é necessário ter-se em mente que a utilização de provas inidôneas, de um modo geral, poderá trazer – e trará – graves conseqüências na formação do convencimento do julgador³⁰, fato esse que refletirá, diretamente, sobre a absolvição ou condenação do acusado.

2.4.2 As provas consideradas ilícitas

²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95. No que tange às chamadas *exclusionary rules*, verifica-se a inteligência do acórdão proferido no *Habeas Corpus* 82788, do Rio de Janeiro, proferido no Supremo Tribunal Federal, pelo relator Ministro Celso de Mello, em 12 de abril de 2005 e publicado no DJ de 02/06/2006: “Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *exclusionary rule* – considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado – destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora, impondo, em atenção ao princípio do *due processo of law*, o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público”.

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. vol. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 222.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 340.

Muito embora a conceituação de provas ilícitas possa ser observada a partir dos critérios amplo e restrito, a maioria dos doutrinadores apenas afirma que são consideradas provas ilícitas aquelas obtidas com violação dos direitos e garantias individuais. João Batista Lopes apresenta as vertentes doutrinárias que coexistem para a tentativa de definição das provas ilícitas, afirmando constituir ilícitas aquelas provas contrárias à Constituição, às leis ordinárias e aos bons costumes; ainda, e em sentido estrito, aquelas em dissonância com preceitos legais e constitucionais e, por fim, a vertente que vincula as provas ilícitas à violação das normas constitucionais essenciais, isto é, aquelas que dispõem acerca dos direitos fundamentais³¹.

Lopes, ao citar Joan Pico I Junoy, contempla os conceitos afins de provas ilegais ou irregulares, viciadas e clandestinas, conforme segue:

Joan Pico I Junoy contempla, ainda, outros conceitos afins: a) provas ilegais ou irregulares são as obtidas contra disposições legais ou apresentadas em juízo em conflito com o procedimento adequado; b) provas viciadas são as que, produzidas embora com observância das formalidades legais, se mostrem comprometidas em sua credibilidade ou veracidade; c) provas clandestinas são as obtidas de modo oculto, sem publicidade.

Nucci³² dispõe, acerca do conceito de provas ilícitas, que há dois sentidos possíveis. Sob o significado restrito, ilícitas são as provas proibidas por lei e sob o sentido amplo, são as contrárias à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Leciona o autor, além disso, que prefere o sentido amplo, pois este vedaria a prova ilegal e a ilegítima (tema que será tratado adiante).

É neste passo que, ao apresentar o conceito de provas ilícitas, Alexandre de Moraes³³ afirma que as denominadas provas ilegais constituem gênero do qual são espécies as provas ilícitas e ilegítimas. Assim sendo, constituem provas ilegais todas aquelas que se configuram pela “obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico”.

³¹ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 96.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 84.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 95.

Ainda, Ada Pellegrini Grinover agrupa as diversas correntes doutrinárias que existem em torno do tema provas ilícitas, e a título de ilustração, citada por João Batista Lopes³⁴:

Ada Pellegrini Grinover procura agrupar as diversas correntes doutrinárias da forma seguinte: a) a que admite a prova ilícita (isto é, colhida com ofensa à norma de direito material), desde que ela não seja, também ilegítima (produzida com ofensa ao direito processual). Neste sentido, Carnelutti e Franco Cordero; b) a que inadmite as provas obtidas por meios ilícitos atenta a uma visão unitária do Direito, que não tolera a ilicitude e a imoralidade (Nuvulone, Vescovi, etc); c) a que rejeita as provas ilícitas com fundamento em princípios constitucionais (Comoglio, Bauer, etc); d) a que não aceita as provas ilícitas como princípio geral, mas admite exceções (quando se destinar a combater o crime organizado).

Encaminhando-se à conclusão, dispõe Irajá Pereira Messias, sobre o conceito de prova ilícita que,

Está ela atrelada aos conceitos de liberdades públicas, que dizem respeito a valores que, realmente, não de ser intocados, preservados e protegidos pela lei: intimidade, inviolabilidade de domicílio, de comunicação e de correspondência, a prova obtida pela tortura física ou moral, e tantas outras modalidades que alcançam e vulneram a intimidade humana. A prova ilícita é, pois, toda aquela que violar direitos impostergáveis do homem, como a honra, a dignidade, a inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de comunicações, e o direito à integridade física³⁵.

Destarte, tem-se que as **provas ilícitas são aquelas provas obtidas com a violação de direitos e garantias individuais, as quais não sejam de natureza processual**. Desta feita, constituem provas ilícitas, como exemplo, as provas obtidas mediante tortura e a captação clandestina de conversas telefônicas³⁶ – sem a devida autorização judicial. Tourinho Filho³⁷ leciona que são inadmissíveis, do mesmo modo, “as provas conseguidas por meio de hipnose, narcoanálise (estupefacientes em geral), *lie-detector*, retinoscópio, etc”. Ademais, o “soro da verdade” (*truthserum*) e diversas substâncias químicas, como o pentotal sódico, evipan, amital e actedron, assim como toda substância que produza alterações no estado físico e psíquico da

³⁴ LOPES, op. cit., p. 96-97.

³⁵ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Impactus, 2006. p. 109.

³⁶ Para ilustrar a hipótese das chamadas escutas telefônicas, observe-se o contido no *Habeas Corpus* 80949, do Rio de Janeiro, julgado em 30 de outubro de 2001, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, e publicado no DJ de 14/12/2001: “A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado”.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. vol. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 223.

pessoa³⁸, também são inadmissíveis no ordenamento jurídico. Isso porque é inequívoco que afrontam diretamente, a intimidade e a integridade físico-psíquica da pessoa.

2.4.3 As denominadas provas ilegítimas e as provas emprestadas

Existe uma linha tênue entre as provas ilegítimas e ilícitas, motivo pelo qual há oscilações e confusões da doutrina nacional ao conceituá-las. Irajá Pereira Messias³⁹, por exemplo, afirma que prova ilegal é sinônimo de prova ilegítima. Conceitua como sendo a obtida em contrariedade ou desrespeito aos comandos da lei processual.

Não obstante a lição daquele doutrinador, prefere-se a doutrina de Alexandre de Moraes, que, como citado anteriormente, admite que a prova ilegal é gênero, do qual são espécies a prova ilícita e a prova ilegítima. Nesta esteira, provas ilegais são todas as obtidas com qualquer violação, seja de ordem material ou processual, do ordenamento jurídico; e, se as provas ilícitas são aquelas com violação às normas de direito material, as provas ilegítimas serão consideradas aquelas obtidas com violação ao direito processual.

Nesse enfoque também a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, que ensina que a prova pode ser formalmente ilícita, isto é, quando a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei, e é chamada de ilegítima⁴⁰. Assim afirma o autor:

Em conclusão, o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material, *v.g.*, a escuta telefônica não autorizada) e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo, *v.g.*, a prova da morte da vítima através de simples confissão do réu). Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência à norma de natureza material e liberando, por força da natural exclusão, as provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais⁴¹.

³⁸ Id., 2003. p. 223.

³⁹ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Impactus, 2006. p. 109.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 84.

⁴¹ Id., 2006. p. 85.

Logo, são provas ilegítimas aquelas obtidas com desrespeito ao direito processual.

Questão que resta a ser analisada, neste momento, é a das chamadas provas emprestadas, muitas vezes confundidas com as provas ilícitas. Sua conceituação, todavia, pertine simplesmente ao acesso. São consideradas provas emprestadas aquelas produzidas em outro processo e, por intermédio de sua reprodução documental, juntadas ao processo criminal pendente de decisão. Tal conceito não demanda grandes incursões: é a prova colhida num processo e trasladada para outro⁴². Segue um exemplo dado por Eugênio Pacelli de Oliveira:

Em ação penal instaurada contra determinados réus, é possível, por exemplo, que, no caso de morte de uma testemunha, a acusação obtenha uma certidão de inteiro teor do depoimento por ela prestado *em outra ação penal*, envolvendo os mesmos fatos, e *outros acusados*. Essa prova, assim obtida, seria denominada *emprestada*, porque produzida efetivamente em outro processo. (Grifo no original)⁴³.

Indispensável o preenchimento de alguns requisitos para a “produção” da prova emprestada. São eles, a necessidade de que a prova tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes e que tenha sido respeitado o princípio do contraditório. Além disso, é imperioso que não seja mais possível a reprodução ou a renovação desta mesma prova, como, por exemplo, a impossibilidade de inquirir testemunha já ouvida em processo anterior, em razão de seu falecimento⁴⁴.

De outro giro, é mister que a valoração da prova emprestada⁴⁵ seja cercada de cuidados. A prova emprestada não é inadmissível. Pelo contrário, ela é admissível, desde que atendidos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou seja, para que haja a plena validade da prova reproduzida, deve ela passar pelo exame das duas partes da relação jurídica processual. O julgador deve avaliá-la consoante o critério de persuasão racional, como deve proceder em relação a todas as provas carreadas aos autos do processo.

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. vol. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 219.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 364-365.

⁴⁴ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 64.

⁴⁵ Sobre o valor probatório da prova emprestada: “A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. Incorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronúncia”. (JSTF 166/278).

Por último, a posição de alguns doutrinadores é a de que, se a prova emprestada for admitida no curso do processo sem o crivo do contraditório, será ela considerada ilícita, pois afronta princípios constitucionais⁴⁶.

3 DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO SISTEMA PROBATÓRIO BRASILEIRO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Ao falar-se de prova ilícita, fala-se de prova vedada pelo ordenamento jurídico-constitucional. A prova ilícita é destituída de qualquer eficácia jurídica, devendo o juiz, de ofício, não autorizar a sua produção, tampouco permitir o ingresso de prova dessa espécie. Insere-se, assim, a problemática da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e também, no que toca à política legislativa, no confronto entre a busca da verdade em defesa da sociedade e a proteção aos direitos fundamentais que podem ser afetados nesta busca⁴⁷.

Prova ilícita, como mencionado, é aquela produzida com violação de natureza substancial, isto é, contrária às normas de direito material, afrontando direitos reconhecidos pela Constituição Federal aos indivíduos, especialmente aqueles atinentes à personalidade; muito embora possa a prova ilícita servir aos seus fins processuais.

O que num primeiro momento parece ser pacificado – a inadmissibilidade das provas ilícitas – foi, e ainda é, objeto de oscilação na doutrina e jurisprudência,

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 365. Neste passo, dispõe o autor que “observaríamos, apenas, que o direito ao contraditório, parecidos, não constitui uma norma de Direito Processual, ainda que nele (processo) é que se efetive e se exerça. A nosso aviso, toda garantia individual relativa ao *due process of law* tem conteúdo eminentemente material. Seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo”. Também neste âmbito, afirma Tourinho Filho, *in* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. vol. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 220, que “contudo, vigorando entre nós os princípios do contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa “prova emprestada” fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório, do contrário ela se torna ilícita, posto que obtida com violação de princípios constitucionais. Se a prova, para ser válida, deve passar pelo exame das partes, é indubitado que uma prova colhida em um processo e transferida para outro não tem o menor valor. E o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro chega a dizer, e com razão, que a *prova emprestada* é uma fato, apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova e, como toda prova, urge passar pelo contraditório. Se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de invalidade: contrasta com o devido processo legal”.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 107-108.

nacionais e estrangeiras. Atualmente, vige a teoria da inadmissibilidade processual das provas ilícitas.

A jurisprudência nacional demonstrava a tendência evolutiva da admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas; a qual se consolidou no texto constitucional de 1988, com o princípio da vedação das provas ilícitas. Assim, os julgados, mormente os do Estado do Paraná, aplicam o dispositivo constitucional, não permitindo o ingresso daquela espécie de prova⁴⁸, ressaltando-se as situações em que há prévia autorização judicial para a sua utilização.

A teoria da inadmissibilidade, todavia, não é totalmente rígida, permitindo, por intermédio do princípio da proporcionalidade, equilibrar direitos fundamentais em conflito com a admissão das provas ilícitas, conforme se verá no decorrer deste trabalho.

3.1 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, ou seja, obtidas com violação das normas de direito material (constitucional e infraconstitucional).

Anteriormente ao texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência nacional apresentavam, quanto à utilização das provas ilícitas, posições contraditórias e esparsas. Todavia, já existiam posicionamentos no tocante à proteção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa.

⁴⁸ Neste sentido: Tribunal de Justiça do Paraná, 6.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0381060-0, de Curitiba, Relator Des. Salvatore Antonio Astuti, 22/12/2006, DJ 7277: “Ora, eventual provimento da medida que se busca nos presentes autos importaria em quebra de sigilo bancário, o que somente se pode admitir excepcionalmente, em prol de interesse público, que não se vislumbra no caso em apreço, sob pena de dar guarida à utilização de provas ilícitas no processo, o que é vedado pelo art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal”. Também Tribunal de Justiça do Paraná, 2.ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* 0168258-8, de Maringá, Relator Des. Eraclés Messias, DJ 6839: “Fica claro, nos autos, que as provas anteriormente consideradas ilícitas assumiram a condição de provas lícitas e válidas após o deferimento da contestada quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico, pelo douto Juízo da 4ª Vara Criminal, com base no que prevê o artigo 198, parágrafo 1º, inciso I, do CTN, combinado com o artigo 1º, § 4º, da Lei 105/2001. Assim, enquanto perdurar o aludido deferimento, não há fundamento legal para trancamento do combatido Inquérito Policial. Como bem ponderou a douta Procuradoria Geral de Justiça em seu Parecer de fls. 499/503 TJ-PR: Todavia, cremos, que com o deferimento da contestada quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico, pelo douto Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Maringá, a partir desta decisão, alterou-se a situação de ditas provas no mundo jurídico, passando, evidentemente, da condição de provas ilícitas, em provas lícitas e válidas para instruir inquérito policial ou, eventualmente, futura ação penal”.

O Supremo Tribunal Federal tem julgados datados de antes de 1988 que demonstram a preferência pelo princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme segue:

Direito ao recato ou a intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Artigo 153, §9.º da Constituição. Artigo 332 do Código de Processo Civil. Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante interceptação de telefonema, a revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento, dos autos, da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido. (Recurso Extraordinário 100094-5/PR. Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma. Relator Ministro Rafael Mayer. DJ 24/08/1984, p. 13.482.).

Prova civil. Gravação magnética feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (artigo 332 do Código de Processo Civil). Recurso extraordinário conhecido e provido. A circunstância de o artigo 383, CPC, facultar a prova de fatos através de reproduções fonográficas não exclui a licitude no modo de sua obtenção, em face dos preceitos legais apontados como vulnerados, especialmente se considerar que tais normas proibitivas tutelam uma garantia constitucional. (Recurso Extraordinário 85439/RJ. Supremo Tribunal Federal, 2.ª Turma. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. DJ 02/12/1977, p. 609)⁴⁹.

Tem-se em mente, assim, que nem todos os meios de prova são hábeis à descoberta da verdade. Quando tais meios forem aptos a lesionar direitos, impõem-se limitações à sua utilização. Veda-se, portanto, a prova ilícita.

Neste sentido, apresenta-se a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho, autor que faz menção aos Códigos de Processo Penal, de 1941, e de Processo Civil, de 1973:

⁴⁹ Também nesse sentido: *Habeas Corpus*. Processual penal. Prova ilícita. Constitucional. Garantias dos parágrafos 9.º e 15.º do artigo 153 da Lei Maior (inobservância). Trancamento do inquérito policial. 1- Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou a ação penal. 2- As provas produzidas no inquérito ora em exame – gravações clandestinas – além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (parágrafo 9.º e artigo 153), cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, a garantia do parágrafo 15.º, artigo 153 da Lei Magna. 3- Inexistência, nos autos, de outros elementos que, por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal. 4- Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do Estatuto Processual Penal. 5- Voto vencido que concedia a ordem em menor extensão. RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial. (*Habeas Corpus* 63.834/SP. Supremo Tribunal Federal, 2.ª Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. DJ 05/06/1987, p. 11.112).

Quanto ao Brasil, antes da Constituição de 1988, esparsas e contraditórias eram as referências do legislador a respeito da proibição da prova ilícita. Assim, o Código de Processo, de 1941, já continha, no art. 233, disposição expressa no sentido de que “*as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo*”; mas, por outro lado, o art. 240, §1.º, f, autorizava a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, “*quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato*”. Ou seja, o legislador fazia uma distinção entre a correspondência do acusado, que poderia ser violada, no interesse da apuração dos fatos, e as outras cartas, inutilizáveis como prova. E o Código de Processo Civil, de 1973, no art. 332, previa que “*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*”. Mesmo na ausência de preceitos mais claros e incisivos na Constituição e nas leis ordinárias, o reconhecimento de limitações à atividade probatória, especialmente em face da proteção que a Constituição dá aos direitos e garantias constitucionais, vinha sendo feito, há muito, pela doutrina processual brasileira⁵⁰. (Grifo no original).

Ada Pellegrini Grinover, dispõe, do mesmo modo, em ensaio escrito antes da Carta Magna de 1988, que a doutrina dominante colocava-se contrária à admissibilidade processual das provas ilícitas:

Durante algum tempo, dividiu-se a doutrina brasileira a respeito da admissibilidade processual das provas ilícitas. Aliás, no tocante à prova civil aplicável ao direito de família, pode-se mesmo afirmar que prepondera até hoje a doutrina do *male captum, bene retentum*. Mesmo em outros campos (civil e penal), ainda há quem se manifesta a favor da admissibilidade processual das provas colhidas com infração a normas de direito material. Contudo, a doutrina dominante coloca-se atualmente na posição contrária à admissibilidade processual das provas ilícitas, temperada, por muitos autores, pelo princípio da proporcionalidade. Igualmente preponderante é a posição que, conquanto contrária à admissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos, abre exceção, no processo penal, à prova ilícita, quando utilizada *pro reo*. As Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tomaram posição sobre a matéria nas seguintes Súmulas: Súmula n. 48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material. Súmula n. 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda que forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa. Súmula n. 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa. Também na jurisprudência brasileira nota-se a mesma tendência evolutiva, da admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas, que a doutrina moldou. Assim, de julgados mais antigos, que admitiam como prova até mesmo a confissão extorquida, passando por decisões que aceitam a prova colhida por gravações telefônicas clandestinas, chega-se à consolidação da tendência contrária, que já se

⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de. (Coord.). **Os 10 anos da constituição federal**. Temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999. p. 257.

delineava com relação às buscas domiciliares e apreensões feitas ao arrepio da lei⁵¹.

O preceito constitucional tem validade não só no âmbito do processo penal, mas também no civil e administrativo, ressalta-se. Além disso, a doutrina nacional afirma que, consoante a redação do dispositivo constitucional, são vedadas as provas ilícitas e ilegítimas. “Evidente que as provas até então denominadas ilegítimas, como as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos, posto terem sido obtidas ilicitamente, inserem-se no rol das provas ilícitas”⁵².

Isso porque deve o Processo Penal ser formado em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito⁵³. Vale dizer, o meio deve ser legalmente idôneo para a obtenção da finalidade processual almejada⁵⁴.

Afirma Nelson Nery Junior⁵⁵ que o dispositivo constitucional que veda as provas ilícitas deve ser analisado em conjunto com outros dois dispositivos, quais sejam os relativos aos direitos fundamentais da inviolabilidade do sigilo de correspondência e da intimidade (incisos X e XII do artigo 5.º da Constituição Federal)⁵⁶. É lógico que a vedação às provas ilícitas traz, por conseguinte, o corolário de que a busca pela verdade real deve conviver, em harmonia, com os demais direitos fundamentais garantidos e tutelados pela norma constitucional. “Sem tal adequação, a atividade processual correria o risco de transformar-se em fatos de desagregação social, em vez de cumprir sua finalidade de pacificação de conflitos⁵⁷”.

A vedação das provas ilícitas é mais aparente, ao que parece no Direito Processual Penal. Muito embora aplique-se a todos os demais ramos processuais, como já mencionado, é na área criminal que a prova ilícita ganha destaque, haja

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 71-72.

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. vol. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 84.

⁵⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 163.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita – novas tendências do Direito (CF, art. 5.º, LVI). In: MORAES, Alexandre de. (Coord.). **Os 10 anos da constituição federal**. Temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999. p. 233.

⁵⁶ Neste sentido, ver o *Habeas Corpus* 57.961, de São Paulo, Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 21.06.2007, referente à gravação telefônica colhida com violação da privacidade.

⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de. (Coord.). **Os 10 anos da constituição federal**. Temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999. p. 253.

vista ser inconcebível que o Estado, ao exercer seu direito de punir, empregasse métodos que não levem em conta a proteção aos direitos fundamentais⁵⁸.

O preceito constitucional impõe que as provas obtidas com afronta ao ordenamento não sejam admitidas. Se assim o forem, não poderão ser valoradas pelo juiz⁵⁹. Registre-se que é o julgador o destinatário principal das provas, que delas se vale para formar seu convencimento⁶⁰. Desta feita, a prova ilícita deve ser excluída dos autos pelo magistrado, por intermédio do desentranhamento. Muito embora não exista nenhuma norma específica para tal ato no Código de Processo Penal, aplica-se, por analogia, o disposto no artigo 145, IV, que determina o desentranhamento de documento considerado falso⁶¹.

Além da previsão constitucional, numa interpretação analógica da redação do artigo 233 do Código de Processo Penal, que afirma que “as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”, impõe-se também a inadmissibilidade das demais provas obtidas ilicitamente, “por não ser evidentemente menor o interesse público na preservação da liberdade, da integridade corporal, do domicílio⁶²”.

Por fim, considera-se a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas o corolário do Estado Democrático. A razão de ser desta regra está consignada na espécie de norma que se apresenta, capaz de produzir efeitos diretos na busca da verdade. Assim leciona Marco Antonio de Barros:

Cuida-se de uma norma que produz reflexos na busca da verdade, notadamente por estabelecer parâmetros rígidos de licitude aos procedimentos investigatórios que visam desvendá-la, que se coadunam com o espírito de legalidade e moralidade de atos praticados pela Administração Pública. Desse modo, o descobrimento da verdade deve provir de atos, diligências e outras providências essencialmente lícitas e moralmente legítimas, pois nenhum preceito legal autoriza a obtenção da verdade a qualquer preço. (...) Essa nova sistemática nos faz distanciar ainda mais do antigo Direito que, como vimos, pactuava com formas cruéis de produção de prova. Lembremo-nos, a título de exemplo, que no Direito canônico e posteriormente no Direito de vários países do Continente Europeu, a tortura foi utilizada com respaldo legal, método que hoje o

⁵⁸ Id., 1999. p. 253.

⁵⁹ Ibid., 1997. p. 107-108.

⁶⁰ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124.

⁶¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 98.

⁶² PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 163-164.

mundo civilizado qualifica como sendo um dos mais repugnantes, rejeitando-o textualmente.⁶³

Compatível, pois, a vedação constitucional com os preceitos dos direitos fundamentais internacionais. Vale dizer, toda prova que contrariar normas de Direito Material deve ser afastada, pois contraria a honestidade e fere a moralidade pública ínsita do Poder Judiciário, devendo o juiz, ao fundamentar sua decisão, refutar a prova obtida de modo ilícito.

3.2 DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Transita em torno das provas obtidas por meios ilícitos são as denominadas provas ilícitas por derivação. Esta espécie de prova tem origem na teoria norte-americana *fruits of the poisonous tree*, frutos da árvore envenenada (ou, ainda, teoria do “efeito à distância”), a qual doutrina que o vício da planta se transmitirá a todos os seus frutos. Guilherme de Souza Nucci⁶⁴ afirma que esta doutrina estrangeira tem raízes no preceito bíblico de que “a árvore envenenada não pode dar bons frutos”. Foi a decisão proferida no caso “*Silverstone Lumber Co versus United States*” que consolidou a teoria da prova ilícita por derivação.

Consoante Eugênio Pacelli de Oliveira⁶⁵, a teoria dos frutos da árvore envenenada nada mais é do que a consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

A prova ilícita por derivação, em sua essência, não é ilícita. Como seu próprio nome diz, ela deriva, advém de uma prova ilícita. Exemplo disso é a hipótese da autoridade policial tomar conhecimento de um crime por intermédio de uma interceptação telefônica não autorizada judicialmente. Dispõe, nesta esteira, Nucci:

Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham. Imagine-se que, graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consiga obter dados para a localização da coisa furtada. Conseguindo um mandado, invade o lugar e apreende o material. Note-se que a apreensão está eivada do *veneno* gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente

⁶³ BARROS, op. cit., p. 218.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 351.

⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 359. O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, afirmou, no julgamento do *Habeas Corpus* 69.912 que “essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”.

porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois termina-se por validar a conduta ilegal da autoridade policial. De nada adianta, pois, a Constituição proibir a prova obtida por meios ilícitos, uma vez que a prova secundária serviu para condenar o réu, ignorando-se que ela teve origem em prova imprestável. Comentando a teoria da prova ilícita por derivação, majoritariamente aceita nos Estados Unidos, Manuel da Costa Andrade explica que a maneira encontrada pela justiça americana para dar fim aos abusos cometidos por policiais foi tornando ineficaz e inútil a prova produzida por mecanismos ilícitos, sejam elas primárias ou secundárias⁶⁶.

A prova ilícita, vale registrar, não contamina toda e qualquer prova. Apenas aquelas que dela decorrem. Assim dispõe o acórdão do Supremo Tribunal Federal, Recurso de *Habeas Corpus* 74.807-4, 2.^a Turma. Relator Ministro Maurício Corrêa. DJU 20/06/1997 – RT 744/510: “A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório”. Ainda acerca desta temática, é possível encontrar-se julgados que afirmam a inocorrência da contaminação das demais provas quando presente uma prova ilícita. Por conseguinte:

Se a acusação resulta de um conjunto probatório, no qual a escuta telefônica, judicialmente autorizada, foi apenas um meio para se chegar à verdade dos fatos, tem-se por excluída a tese da ilicitude da prova, com base na teoria da árvore envenenada. (Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 5062, 6.^a Turma. Relator Fernando Gonçalves. DJU 01/06/1988, p. 184-185).

Como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, no caso a escuta telefônica que ainda não era admitida, embora com autorização judicial, não só foi a causa do início das investigações – que decorreram da denúncia anônima que, posteriormente, levou a essa escuta –, como também não teve maior relevância como prova, uma vez que a condenação se baseou em provas lícitas e desvinculadas dessa escuta, a ponto de o acórdão ora atacado afirmar se o juiz ‘tivesse de determinar o desentranhamento das transcrições, teria chegado à mesma conclusão condenatória, pois não se escutou na escuta telefônica para condenar’. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 77.015-2, 1.^a Turma. Relator Ministro Moreira Alves. DJU 13/11/98, p. 03).

É salutar que haja um exame cuidadoso de todas as provas subseqüentes àquela ilícita. Pode ocorrer, por exemplo, que a prova ilícita por derivação já estivesse ao alcance da autoridade policial antes da prova ilícita originária, ou seja, o conhecimento daquela prova poderia se dar sem a interferência desta. Prevalece a

⁶⁶ NUCCI, op. cit., p. 351.

inteligência do princípio da razoabilidade – ou da proporcionalidade – para se aferir quais provas devem ser afastadas pelo julgador quando de sua decisão. De outra banda, uma prova aparentemente lícita pode ser ilícita por derivação. Confere-se, nesta linha, o julgado de José Laurindo de Souza Netto:

(...) Tenho que é inegavelmente nula também a decisão que deferiu o mandado de busca e apreensão, primeiro porque proveniente de prova ilícita, segundo porque ausente de fundamentação e terceiro por incompetência da autoridade solicitante. (...) Este procedimento, deferido, foi oriundo diretamente das informações obtidas através da interceptação telefônica, considerada nula pela eminente Juíza Relatora Convocada, conforme transcrito acima. Ora, se a prova ilícita originária – interceptação telefônica -, contaminou, sem sombra de dúvida, a prova da busca e apreensão, dela diretamente decorrente, não cabendo falar aqui da existência de fontes autônomas de revelação da prova. (...) Tenho, portanto, como inegável que a busca e apreensão, acha-se afetada, por efeito da repercussão causal, pelo vício da ilicitude, derivada originariamente da interceptação telefônica considerada ilícita pela eminente Relatora Convocada. (Tribunal de Justiça do Paraná. *Habeas Corpus* 428027-7, de Curitiba. Juiz José Laurindo de Souza Netto. 30 de agosto de 2007).

Cabe ao julgador, portanto, aferir a ilicitude em cada caso concreto. Cumpre esclarecer que a hipótese descrita logo acima – de que as provas ditas ilícitas por derivação poderiam ser descobertas sem a interferência da prova ilícita originária – é denominada de *inevitable discovery*. Esta “teoria” consiste na verificação de que cedo ou tarde seriam as provas descobertas independentemente das provas ilícitas.

Ademais, também há a teoria da *independent source*, verificada quando a conexão entre prova ilícita originária e prova derivada afigura-se quase inexistente que não se vislumbra a causa e efeito da ilicitude.

Essas duas limitações à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, *independent source* e *inevitable discovery*, encontradas no direito comparado, resultam do caráter restritivo das regras da prova ilícita por derivação. Para tanto, existem limites à sua aplicação. Assim dispõe Antonio Scarance Fernandes:

Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas a organização criminosa, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, impedir-se o sucesso de investigação em andamento, pois tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada. Encontram-se no direito comparado, conforme esclarecem Grinover, Scarance e Magalhães, limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada, tais como as limitações da *independent source* e da *inevitable discovery*, “excepcionando-se da vedação probatória as provas

derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e as secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita pudessem ser descobertas de outra maneira”. No Brasil, em projeto apresentado pelo Ministério da Justiça no ano 2000, são previstas tais limitações⁶⁷.

Paulo Rangel⁶⁸ também cita a teoria da *independent source* como teoria da prova absolutamente independente (PAI). Afirma o autor que o Supremo Tribunal Federal desenvolve a tese de que, por exemplo, se a interceptação telefônica feita ao arrepio da Lei 9.296/1996 não constitui o único meio de prova de que se valeu a polícia para a colheita das informações necessárias à elucidação do fato, havendo outros meios probatórios idôneos, não há que se falar de contaminação da prova idônea pela ilícita.

Colaciona Rangel a seguinte decisão judicial:

Habeas Corpus 74.599, de São Paulo. Primeira Turma. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 03/12/1996. Publicado no DJ 07/02/1997. p. 1340. HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. Fruits of the poisonous tree. Não acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei 9.296, de 24.7.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. *Habeas corpus* indeferido. Unânime.

Assim, tem-se repellido as provas ilícitas por derivação quando, inevitavelmente, poder-se-ia obter a prova por meios legítimos.

3.3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Também denominado teoria do interesse predominante⁶⁹, o princípio da proporcionalidade, originário da doutrina alemã (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)⁷⁰,

⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96-97. O projeto de lei referido pelo autor é o 4.205/2001, que previu, no artigo 157, §1.º, que as provas derivadas das ilícitas não seriam admitidas “quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras. (...) A teoria da fonte independente da prova derivada, com maior ou menor amplitude em sua atuação, e que permite aceitar a prova decorrente direta e exclusivamente da prova ilícita, a qual poderia ter sido obtida por outra fonte”.

⁶⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 429.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 86.

constitui uma atenuante para a inadmissibilidade das provas ilícitas, ditada pela Constituição Federal.

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade aloca-se exatamente na linha divisória entre as duas correntes doutrinárias extremistas: aquela que entende ser inadmissível, em juízo, a prova obtida ilicitamente e aquela que admite a prova ilícita como válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva. Isso porque, como é cediço, o texto constitucional jamais admite uma regra absoluta, justamente pelo fato de “concorrer”, em igualdade, com demais normas constitucionais. É este conflito de normas constitucionais que terá solução com o balizamento de bens jurídicos, resultando na incidência do princípio da proporcionalidade.

No tocante ao sentido do princípio da proporcionalidade e seu conteúdo, dispõe Paulo Bonavides:

De início, faz-se mister ponderar a advertência de Xavier Philippe de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios. Procede assim a percuciente observação do publicista francês. Mas não resulta difícil estabelecer um caráter provisório ou preliminar duas noções de proporcionalidade: uma na acepção lata, e outra na acepção estrita; ambas de Pierre Muller, jurista que as expôs numa assembléia da União Suíça de Juristas, celebrada em Zurique nos dias 29 de setembro a 1.º de outubro de 1978. Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tantos os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (*“eine Übermasskontrolle”*)⁷¹.

Afirma, ainda, o autor, que o princípio da proporcionalidade ganha corpo quando aplicado como instrumento de proteção e efetivação dos direitos

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito.** In PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal 4 – críticas e sugestões: Provas ilícitas e reforma pontual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18. Sobre a origem do princípio da proporcionalidade, leciona BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 162: “De acordo com Ipsen (Jörn Ipsen), uma das grandes contribuições do Tribunal Constitucional alemão para a dogmática dos direitos fundamentais consistiu justamente em fazer com que o legislador, capaz de restringir direitos fundamentais, atenha-se, ele também, a determinados limites. A partir daí, não apenas se revigora, mas também ganha força e conteúdo, o princípio da proporcionalidade”.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 392.

fundamentais⁷². Dessa ótica, tem como função primordial o controle da constitucionalidade em determinadas ocasiões; com a proporcionalidade, combatem-se os excessos legislativos, tornando-se, de conseguinte, inaceitáveis algumas limitações impostas pelo legislador aos jurisdicionados.

Um dos julgados mais importantes sobre a teoria geral da prova ilícita, com mais de três mil páginas, é a Ação Penal 307-3, do Distrito Federal, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual foram réus Fernando Collor de Mello, Paulo César Farias e outros, publicado no DJ de 13 de outubro de 1995. Este julgado dispõe, de forma clara, acerca do critério da proporcionalidade:

Ementa: AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA, CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA, COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO, SUPRESSÃO DE DOCUMENTO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299. (...) Outra tendência que se coloca em relação às provas ilícitas é aquela que pretende mitigar a regra da inadmissibilidade pelo princípio que se chamou, na Alemanha, da proporcionalidade e nos Estados Unidos da América, da razoabilidade; ou seja, embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita.

A regra da proporcionalidade não é princípio explícito na Constituição Federal de 1988. Suas raízes estão no Direito Administrativo, alastrando-se, posteriormente, a todo o Direito Público, inclusive o Penal. No tocante ao desempenho do princípio da proporcionalidade dentro do sistema jurídico nacional, dispõe José Laurindo de Souza Netto que

a primordial função do princípio da proporcionalidade vincula-se ao Direito Constitucional na esfera dos direitos fundamentais, onde serve basicamente à proteção da liberdade, bem como à difusão dos demais princípios e garantias básicas, os quais são observados em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados. A cláusula de razoabilidade protege o cidadão contra os excessos muitas vezes praticados pelo Estado e serve como meio de defesa dos direitos e das liberdades constitucionais. A proporcionalidade atua primordialmente no âmbito dos direitos

⁷² Id., 2005. p. 395. Também nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, *apud* BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 164-165: "Para Guerra Filho, o referido princípio tem por finalidade maior a preservação dos direitos fundamentais, coincidindo, pois, com a 'essência e destinação mesma de uma Constituição (...) de um Estado de Direito Democrático', o que lhe conferiria a característica de 'princípio dos princípios', verdadeiro *principium* ordenador do Direito".

fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições impostas aos cidadãos. Protege o indivíduo contra as intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que oneram o cidadão, mais do que o indispensável para os interesses públicos.⁷³

A conceituação da proporcionalidade, portanto, é extraída de normas constitucionais esparsas e implícitas. “É na qualidade de princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”⁷⁴.

Alguns doutrinadores, como Diógenes Gasparini⁷⁵, afirmam que a proporcionalidade é apenas uma faceta do princípio da razoabilidade, relacionado com as atividades da Administração Pública. Tal assertiva tem fundamento na regra do artigo 2.º, parágrafo único, inciso VI, da Lei 9.784/99 – que regulamenta o processo administrativo federal – a qual impõe a adequação entre meios e fins, isto é, a necessidade de uma punição *razoável* à conduta praticada pelo agente público. Complementa o autor, neste sentido:

Os atos administrativos não podem ser praticados, quando se tratar de atuação discricionária, com excesso ou escassez para prejudicar o administrado. Aplicar a pena de suspensão a certo servidor, quando a sanção de advertência seria suficiente para dar satisfação ao interesse público, é praticar ato afrontando esse princípio, tanto quanto seria assim se a sanção imposta ao servidor fosse de advertência, mas a exigida pelo interesse público fosse a de suspensão. Essas condutas são incoerentes, *irrazoáveis*, donde a aproximação desse princípio com o da razoabilidade. Importa afirmar, por fim, que qualquer dessas condutas se caracteriza como ilegal, devendo, por essa razão, ser anuladas pelo Judiciário ou invalidadas pela própria Administração Pública. (Grifo no original)⁷⁶.

Na esteira de Gasparini, está a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao ditar que o princípio da proporcionalidade enuncia a idéia de que “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”⁷⁷.

⁷³ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 65.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 435.

⁷⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 24.

⁷⁶ Id., 2004. p. 24.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 101.

Rodrigo Meyer Bornholdt, todavia, dispõe sobre a impossibilidade de confundir-se razoabilidade com proporcionalidade⁷⁸.

Ante as considerações acima, conclui-se, numa visão simplória, que o princípio da proporcionalidade impõe a ponderação de valores jurídicos, isto é, de bens jurídicos, quando o julgador estiver diante de um conflito entre direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, a idéia de Jörn Ipsen de que a proporcionalidade deriva de um princípio fundamental de justiça⁷⁹. Veja-se o ensinamento de José Laurindo de Souza Netto:

Como requisitos intrínsecos, tem-se que toda medida deve ser idônea para a consecução da finalidade perseguida (princípio da idoneidade), proibindo-se qualquer excesso e, portanto, exigindo-se a substituição da medida mais gravosa por outra menos lesiva que assegure igualmente o mesmo fim (princípio da necessidade ou da intervenção mínima). Além disso, o princípio da proporcionalidade se aplica com a finalidade de determinar, mediante a utilização das técnicas de contrapeso de bens ou valores, segundo as circunstâncias do caso concreto, se o sacrifício dos interesses individuais guarda uma relação razoável com a importância do interesse estatal que se pretende salvaguardar (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).⁸⁰

Como averiguar se há um conflito entre direitos fundamentais no caso concreto, qual o modo de aplicação do princípio da proporcionalidade, e qual sua relação com o âmbito do Direito Processual Penal?

Haverá conflito entre direitos fundamentais quando, em face de um caso, dois ou mais direitos forem aplicáveis para a proteção de uma mesma conduta. Por exemplo: existe nos autos uma prova obtida ilicitamente (uma gravação clandestina), trazida pelo réu, e que, por intermédio dela, prova-se a sua inocência. Deve o julgador, tendo em vista o princípio da inviolabilidade da intimidade dos envolvidos

⁷⁸ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 166: "Não se deve confundir, como o faz (ainda que conscientemente) parcela da doutrina pátria, o princípio da proporcionalidade com a simples exigência de razoabilidade, derivada do direito norte-americano. Aquele possui um efetivo conteúdo, consistente numa exigência de racionalidade ou racionalização, não se limitando à figura de um princípio negativo, exclusivamente impediendo do arbítrio. Não seria descabido, pois, acrescentar ao raciocínio exposto que a proporcionalidade confere um maior poder ao Judiciário, quando da análise de uma colisão entre princípios constitucionais, de uma lei ou mesmo de um ato administrativo. Não basta que a medida seja razoável; será necessário, ainda, que a proporção que se conferiu a cada interesse (ou direito) em jogo não seja ultrapassada".

⁷⁹ IPSEN, Jörn. **Staatsrecht II – Grundrechte**. 2. ed. Neuwied/Kriftel: Luchterland, 1998, *apud* BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 162.

⁸⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2006.. p. 67.

na gravação, aceitar a prova ilícita, afastando assim o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas?

A teoria predominante, com fulcro no artigo 5.º, inciso LVI da Constituição Federal – já mencionada – reza que toda prova obtida por meios ilícitos deve ser expurgada do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, já que a prova ilícita se torna inconstitucional por atacar normas ou princípios constitucionais (como, por exemplo, a intimidade, a inviolabilidade de domicílio, o sigilo das comunicações e a integridade e dignidade da pessoa). Fundamentando-se na proporcionalidade aplicada às provas ilícitas, a inadmissibilidade destas é imediatamente atenuada, aceitando-se o meio de prova ilícito como hábil a permanecer nos autos do processo penal. Registre-se que tal “aceitação” se dá em casos excepcionais e graves, com vistas a equilibrar os valores fundamentais contrastantes (aplicação do princípio do equilíbrio das relações jurídicas)⁸¹.

A ilicitude do meio de obtenção da prova, portanto, seria afastada quando existir justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita⁸². A problemática infla-se quando se questiona qual dos direitos fundamentais em conflito deve prevalecer. Não há qualquer critério objetivo que permita, de maneira simples, essa conclusão. Rodrigo Meyer Bornholdt, valendo-se da escrita de Canotilho, dispõe acerca do tema:

Difícil será, em algumas situações, saber qual dos direitos fundamentais prevalecerá. Canotilho aponta algumas possibilidades de solução da concorrência: na primeira, geralmente mais simples, um direito é especial em face de outro (assim como o princípio da igualdade em relação à equiparação entre servidores civis e militares, em nossa Constituição). No segundo caso, protege-se o direito fundamental não sujeito à lei restritiva, por lhe ter sido conferida uma maior liberdade (mas não por um seu maior valor); ou aquele cujo *Tatbestand* (pressuposto de fato) é preenchido de

⁸¹ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2006.. p. 71-72. Nesta linha também a doutrina de LUSTOZA, Helton Kramer. **A quebra do sigilo bancário em investigação fiscal**. Revista Tributária e de finanças públicas. Ano 15. n. 72. jan.-fev. 2007. p. 190-213: “Entende-se que a necessidade de ponderação de valores se torna ainda mais evidente para o julgador, para que frente ao caso concreto analise em que contexto a colisão de direitos está inserida, para que no momento da aplicação da solução não se elimine um dos direitos em jogo, mas sim escolha a melhor decisão possível para o caso, sempre mantendo no ordenamento ambos os direitos colididos”.

⁸² NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito**. In PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal 4 – críticas e sugestões: Provas ilícitas e reforma pontual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18. Diz o autor: “É o caso do acusado que, para provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa da exclusão da antijuridicidade, de modo que essa prova antes de ser ilícita é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade, previsto na CF, 5.º, X, que, como já se disse, não é absoluto.

modo mais direto e imediato pela conduta do indivíduo. O que, na metódica estruturante, representará um trabalho dogmático de estruturação do âmbito normativo, a partir do qual será determinada a regra de aplicabilidade pertinente. Canotilho e Muller discordam, pois, da regra geral da dogmática tradicional, a determinar, em casos de concorrência entre direitos fundamentais com âmbitos diversos, que deveria prevalecer aquele com maior âmbito de proteção⁸³.

Já que nenhum direito fundamental deve ser compreendido de modo absoluto⁸⁴, devendo-se flexibilizá-los frente ao equilíbrio das relações jurídicas, caberá ao julgador decidir, ante o caso concreto, qual o caminho mais “justo” a ser tomado⁸⁵.

Finalmente, questiona a doutrina quanto ao modo de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito processual penal. Seria este aplicado em todo e qualquer conflito de direitos fundamentais ou apenas quando a prova ilícita em questão beneficiar o réu? Alexandre de Moraes⁸⁶, categoricamente, afirma que na “jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência”. Complementa o autor:

(...) Exemplificando, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em *legítima defesa de suas liberdades públicas*, obteve uma prova

⁸³ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 160-161.

⁸⁴ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual e penal**. São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1999. p. 28. Afirma o autor: “A Constituição Federal, em seu artigo 5.º, dispõe sobre vários direitos e garantias fundamentais. Entretanto, alguns deles se sobrepõem a outros, dada à relatividade das normas constitucionais. Por exemplo, a vida sempre será mais importante que a propriedade. Inclusive, é pacífico o entendimento de que os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição não são absolutos, encontrando seus limites igualmente consagrados na Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). A vedação da utilização da prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado é norma constitucional, não havendo dúvida quanto a isso. O direito à segurança, à liberdade, propriedade e saúde são também normas constitucionais. Assim, todos esses mandamentos são oriundos do mesmo poder constituinte originário. Perguntamos, o que é mais importante, vida ou intimidade? A segurança ou a intimidade? A saúde ou o devido processo legal? Ora, como todas essas normas não oriundas da Constituição, qual delas deve preponderar?”

⁸⁵ Neste sentido *Habeas Corpus* 70.814-5, do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 01 de março de 1994, CJU 24/06/1994, p. 16.649-16.650: “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no artigo 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 97.

necessária para responsabilizar o agente. Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade, à intimidade e à imagem do pai-agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho, que, em *legítima defesa*, acabou por produzir a referida prova. Ainda, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma “carta confidencial” remetida pelo seqüestrador aos familiares do seqüestrado. Certamente essa carta poderia ser utilizada em juízo, sem que se falasse em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o seqüestrador foi que, primeiramente, desrespeitou os direitos fundamentais do seqüestrado e de seus familiares que, em *legítima defesa*, produziram tal prova. Note-se que não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a *ausência de ilicitude* dessa prova, vez que aquelas que a produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos fundamentais*, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo – em *legítima defesa* – a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5.º, da Carta Magna⁸⁷. (Grifo no original).

A questão aposta é, efetivamente, das mais complexas. Na esteira de Alexandre de Moraes, está a doutrina de Eugenio Pacelli de Oliveira. O autor afirma que é imperiosa a análise das circunstâncias do caso concreto para a aplicação do princípio da proporcionalidade. Ainda, diz que a existência de um critério fixo e objetivo que permite a possibilidade de aproveitamento da prova estimularia a prática da ilegalidade. Dispõe, por conseguinte, que o aproveitamento da prova ilícita, quando favorável à defesa, está calcada no princípio da inocência do réu, que deve sempre ser aproveitada. “Em um Estado de Direito não há como se conceber a idéia de condenação de alguém que o próprio Estado acredita *ser inocente*”⁸⁸.

Por outro lado, questiona César Dario Mariano da Silva⁸⁹, acerca da teoria da proporcionalidade aplicada em desfavor do acusado, se “seria razoável não condenar pessoas perigosas e perniciosas à sociedade em atenção à proibição da

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 100-101. Corroboram a posição de Moraes, alguns julgados, dentre os quais: Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma – *Habeas Corpus* 74.678-1/SP. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 15 de agosto de 1997. “Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa”.

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 373.

⁸⁹ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual e penal**. São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1999. p. 29.

utilização da prova ilicitamente obtida”? Assim também a doutrina de Barbosa Moreira, citada por Antonio Scarance Fernandes, a qual afirma que a proporcionalidade também deve servir à acusação, justificando-se com o princípio da isonomia, principalmente em razão da crescente criminalidade organizada⁹⁰.

A solução que se apresenta é a da aplicação da teoria da proporcionalidade tanto em favor quanto em desfavor do acusado, após a verificação, na situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é “necessária, adequada e justificável em face do valor que se protege”⁹¹. Ressalva-se, contudo, que a prova ilícita em favor da acusação pode ser aproveitada nas hipóteses em que não estiver em risco a “aplicabilidade potencial e finalística da norma da admissibilidade”. Em outras palavras, aplica-se a teoria quando não implicar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova⁹².

Assim sendo, aplica-se a proporcionalidade quando presente um conflito de interesses fundamentais, de forma que o julgador, fundado em seu livre convencimento motivado solucione a problemática em consonância com as particularidades de cada caso concreto, almejando, em todas as vezes, a decisão que lhe parecer mais justa.

3.4 DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR

É de relevante importância, antes de adentrar as peculiaridades das interceptações telefônicas, analisar as regras de julgamento e os métodos de valoração de provas aplicáveis ao processo penal. No tópico anterior, referiu-se a uma técnica hermenêutica para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, a proporcionalidade. Agora, atenta-se ao modo pelo qual o julgador apresentará sua solução para este conflito.

Num primeiro momento, existiu o sistema de valoração probatória denominado de sistema das provas legais ou tarifadas, instituído a partir do século XIII, e vigente até o século XVII. Este sistema tinha como objetivo primordial a diminuição da ingerência do juiz na apreciação dos meios probatórios. Era o

⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 95.

⁹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96.

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 373.

legislador quem procedia à valoração prévia das provas, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável⁹³. Embora imbuído de bons propósitos, o sistema das provas legais ou tarifadas, demonstrou sua fragilidade à medida que exigiu um certo número de pontos para a condenação e quando alçou a tortura como prova plena.

Assim surgiu, no processo penal moderno, o sistema no qual o julgador formava livremente a sua convicção, utilizando-se os caminhos de seu raciocínio; denominado sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional. Aqui o magistrado é livre para optar pelo meio probatório que lhe parecer mais convincente, não existindo qualquer critério de valoração prévia da prova. Esse sistema é adotado pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 157.

Numa concepção mais antiga, consoante Marco Antonio de Barros, o livre convencimento do juiz era considerado um elemento que se associava à descoberta da verdade material⁹⁴. Atualmente, solidificou-se o entendimento de que a finalidade da prova é a de produzir, no ânimo do julgador, a certeza sobre a existência ou inexistência dos fatos afirmados pelas partes. Como mencionado inicialmente, o processo não está apto a reproduzir a verdade material dos fatos, sendo de todo suficiente que a prova forme o convencimento judicial, independentemente da verdade essencial. Sobre os sistemas de valoração das provas, ensina Marco Antonio de Barros:

Claro que a formação natural do livre convencimento é precedida de uma avaliação pessoal feita pelo próprio julgador. Em princípio, tal afirmação parece óbvia e dela se retira a impressão de ser desnecessário qualquer comentário suplementar. Todavia, não podemos olvidar que a avaliação judicial nem sempre se consubstanciou como nos moldes atuais. Essa questão encontrou respostas distintas no curso da história do processo, tendo sofrido o influxo de dois sistemas reguladores: o da “íntima convicção” e o da “prova legal”. Pelo sistema da íntima convicção, também chamado de “certeza moral do juiz”, privilegia-se a liberdade absoluta do juiz sobre o valor das provas, de modo que a admissibilidade, colheita e avaliação das mesmas ficavam submetidas ao exclusivo arbítrio do juiz. A avaliação feita sob o crivo desse sistema não satisfaz às exigências do processo penal de garantias, pois a convicção judicial não encontra limites para a sua formação, inclusive porque dispensa o juiz de fundamentar a decisão. Noutra vértice, pelo sistema da prova legal, também chamado de “certeza legal”, substitui-se a certeza moral do juiz pela lei, obrigando o julgador a avaliar as provas obedecendo uma escala de valores hierarquizados pela própria lei. (...) Ambos sistemas possuíam sérios inconvenientes. O primeiro cedia excessivo espaço para o arbítrio do juiz e o segundo restringia a dedução das provas a uma tabela que podia contrariar a verdade dos fatos.

⁹³ Id., 2004. p. 335.

⁹⁴ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

Pois foi para estabelecer um ponto de equilíbrio entre os dois sistemas que o processo penal adotou uma nova sistemática, passando a admitir que o juiz forme sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 157 do CPP)⁹⁵.

O sistema do livre convencimento do julgador, todavia, não está isento do controle de normas jurídicas. A liberdade do convencimento não dispensa a motivação, isto é, a fundamentação da decisão do magistrado. Ainda, deve o juiz zelar pela imparcialidade e pela preservação das liberdades individuais, motivos estes que reforçam a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Acerca da temática, dispõe José Laurindo de Souza Netto:

O princípio do livre convencimento nasceu, em certo sentido, em oposição ao princípio da prova legal. Nele, o Juiz pode levar em consideração, para a sua própria decisão, cada elemento legalmente admitido no processo, sem estar ligado a qualquer vínculo que atribua valor privilegiado a um elemento em detrimento de outro. O princípio do livre convencimento do juiz não pode conduzir à arbitrária substituição da acurada busca da certeza, em termos objetivos e gerais, por uma apodíctica afirmação de conhecimento. Impõe-se sempre uma verificação histórica do *thema probandum*, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida. Não se pode esquecer que livre convencimento não é julgamento *ex informata conscientia* com o qual não se confunde, porque pressupõe a livre apreciação da prova, jamais a independência desta. Assim, não é faculdade absolutamente discricionária do juiz e obedece a certas regras⁹⁶.

É este controle do livre convencimento do julgador que proporciona a real efetivação do direito ao contraditório e a observância dos ditames legais para a obtenção dos meios de prova.

4 DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

4.1 AS PROVAS ILÍCITAS COMUMENTE UTILIZADAS

O desencadeamento de diversas operações policiais, federais ou estaduais, em meados de 2007, tais como a *Themis* e a *Hurricane* (Furacão), proporcionou um debate sobre a utilização das provas ilícitas. Muito se discutiu acerca da validade e da moralidade das provas obtidas com violação aos direitos constitucionais dos cidadãos envolvidos naquelas operações. Ademais, a imprensa noticiou a existência

⁹⁵ Id., 2002. p. 128-129.

⁹⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2006. p. 141.

de “grampos” telefônicos e ambientais nos gabinetes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, demonstrando, dessa forma, a facilidade na utilização das chamadas escutas ilícitas. Igualmente, a revista *Veja*⁹⁷, em reportagem recente, expôs a utilização de grampos e escutas por detetives particulares, contratados por um dos cônjuges, com a finalidade de investigar a vida do outro cônjuge para expô-la nos processos de separação, divórcio, guarda dos filhos, dentre outros.

As provas ilícitas comumente utilizadas são, portanto, aquelas que violam a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas. É um conjunto de direitos fundamentais expostos no texto constitucional (artigo 5.º, inciso X) que resguarda a dignidade da pessoa humana, protegendo segredos pessoais inerentes aos direitos da personalidade. Mais uma vez, frise-se que nenhum direito constitucional deve ser considerado de modo absoluto⁹⁸, sob pena de constituírem, se assim forem considerados, um escudo protetor da incidência da lei penal. Neste sentido, ensina Marco Antonio de Barros:

Por isso mesmo devemos sopesar com cautela o dispositivo constitucional (*artigo 5.º, inciso X*) para não incorrer no grave erro de acreditar que a inviolabilidade possa servir de escudo ao infrator da lei penal. Não se pode cogitar que a Lei Maior agasalhe a impunidade. Tal direito não é absoluto e cede diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme tem decidido a Suprema Corte do País. (...) Admite-se que, para efeito de investigação criminal, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do suspeito da autoria ou de ter participado de um crime não podem ser considerados direitos intocáveis, sob pena de reduzir a pó toda a estrutura de persecução penal adotada pelo sistema brasileiro. Reitera-se, porém, que as autoridades devem agir em consonância com o estrito cumprimento do dever legal e respeitar os limites ditados pela necessidade e adequação dos atos, pois a mitigação de tais valores não se opera por mero arbítrio do agente investigador, senão pelas regras de Direito que disciplinam a execução do *jus puniendi*⁹⁹.

Ainda, é usual a veiculação, mesmo que em menor escala, das denominadas quebras de sigilo: bancário (Lei 4.595/1964), fiscal (Código Tributário Nacional, artigo 198), profissional, telefônico e de correspondência (atualmente questiona-se a possibilidade de quebra de sigilo de correspondência eletrônica – e-

⁹⁷ ZAKABI, Rosana. Espiões da roupa suja. **Revista Veja**, ed. 2021, ano 40, n. 32, ago. 2007.

⁹⁸ Observa-se o julgado do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à privacidade: “Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme aliás tem decidido esta Corte”. (STF, Petição n. 577, CF, Sessão Plenária, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 25/03/1992, RTJ 148/367).

⁹⁹ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 222-223.

mail)¹⁰⁰. Aliás, sobre a questão da violação da privacidade por intermédio da informática, existem programas que proporcionam a busca “sem autorização do interessado” de dados da vida privada, chamados *cookies*. Tais programas estabelecem o perfil e a conduta do usuário de computador, suas preferências e contatos. Veja-se a respeito, o estudo de Ciro Expedito Scheraiber, sob o enfoque de proteção aos direitos do consumidor¹⁰¹.

Muitas das vezes, a quebra de sigilo é voltada aos crimes contra a ordem econômica ou crimes fiscais, que compõem o ramo da criminalidade organizada¹⁰². Nestes casos, a prova para a condenação do acusado (materialidade e autoria delitivas) é de difícil obtenção, haja vista a natureza delituosa: são crimes nos quais não há sangue¹⁰³, diferente dos crimes comuns (homicídio, roubo, etc.).

O sigilo – que se caracteriza pelo impedimento de violação de segredo – nada mais é que uma faceta do direito à intimidade. Saliente-se que sigilo e segredo, muito embora empregados como sinônimos, têm significados diversos. “Enquanto segredo é o que não pode ser revelado, sigiloso é o informe a que se tenha atribuído

¹⁰⁰ A questão da mensagem eletrônica, por si só, oferece um vasto campo de pesquisa doutrinária. Não obstante, é de se observar a lição preliminar de QUEIJO, Maria Elizabeth. **Mensagem eletrônica:** meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. *in* FUX, Luiz., NERY JR., Nelson., WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) **Processo e constituição:** estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 960: “A evolução tecnológica, entretanto, trouxe diversas inovações que repercutem no âmbito da prova, tanto no processo civil, quanto no processo penal e trabalhista. Nesse campo, as mensagens eletrônicas ocupam espaço relevante. O Judiciário, com frequência, tem entendido suficiente para a demonstração de envio ou recebimento de mensagem eletrônica a prova documental, que se concretiza na apresentação, pela parte, de impressos com formato de mensagem eletrônica, que teria sido enviada ou recebida, em determinada data. (...)”.

¹⁰¹ SCHERAIBER, Ciro Expedito. **Mailing lists e o direito do consumidor.** *In* ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, 2002. Ano 2. Vol. 1. n. 04. São Paulo. Caderno Jurídico: Imprensa Oficial, 2002, p. 147-164.

¹⁰² No tocante à criminalidade organizada e as interceptações telefônicas, importante é a lição de GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: Malheiros, 1992. p. 141, que dispõem sobre a ânsia dos Estados estrangeiros em combater esta espécie delitiva, valendo-se dos meios probatórios num primeiro momento considerados ilícitos. Para tanto, a legislação preocupou-se em estabelecer regras para a utilização daqueles meios: “A inadmissibilidade e ineficácia processuais das provas obtidas por meios ilícitos (v. supra, seção II), de um lado, e a necessidade, do outro, de não privar o Estado dos instrumentos necessários à luta contra a criminalidade organizada, ocasionaram, no mundo todo, legislações que disciplinam rigorosamente a utilização de meios eletrônicos de captação da prova. Trata-se das interceptações telefônicas e das gravações de conversas. Evidentemente, tanto as interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas: serão lícitas quando obedecerem às prescrições constitucionais e legais; ilícitas, quando efetuadas em violação a tais preceitos. Neste último caso, como visto, seu resultado será processualmente inadmissível e ineficaz”.

¹⁰³ HASSEMER, Winfried, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 08, p. 45 *apud* FERREIRA, Roberto dos Santos. **Crimes contra a ordem tributária.** São Paulo: Malheiros, 1996. p. 20.

a qualidade de secreto e que se revelado a terceira pessoa poderá causar um dano para seu titular”¹⁰⁴.

Não se pretende esmiuçar, aqui, as formas de sigilo. Ressalta-se, apenas, que essa quebra, quando não empregada em conformidade com os ditames legais e constitucionais, torna-se prova ilícita, devendo ser repudiada nos autos processuais. Isso porque a violação do sigilo implica em lesão a direito material, caracterizando-se a ilicitude probatória.

Nos tópicos seguintes dar-se-á especial atenção ao sigilo telefônico e sua quebra, autorizada ou não judicialmente, caracterizando-se as interceptações telefônicas.

4.1.1 Sigilo de dados e das comunicações telefônicas

Como se sabe, hoje, praticamente, há um telefone, fixo ou celular, para cada dois brasileiros¹⁰⁵. A difusão da telefonia trouxe benefícios e causou também incômodos (como exemplo, a utilização desse meio para a prática de crimes de ameaça ou extorsão).

A necessária punição aos crimes difundidos por intermédio de aparatos tecnológicos, acarretou ao legislador a difícil tarefa de oferecer eficiência aos meios repressivos do Estado, sem, contudo, “autorizar uma verdadeira devassa na vida íntima da pessoa humana¹⁰⁶”. A questão é combater atos delituosos, e, ao mesmo tempo, proteger a intimidade e a privacidade da pessoa. “Não é fácil atingir o ponto de equilíbrio. Se de um lado é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade crescente e perigosa, principalmente a violenta e a

¹⁰⁴ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual e penal**. São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1999. p. 73.

¹⁰⁵ “O uso do telefone difundiu-se de modo bem acentuado no Brasil. A alteração do modelo centralizado e estatal para o modelo privado e de concorrência serve para explicar essa difusão. Havia em dezembro de 2002 49.234.600 telefones fixos e 34.881.000 telefones celulares. A meta prevista para dezembro de 2005 é de 58 milhões de telefones fixos e 58 milhões de telefones celulares. A questão é que esta difusão trouxe consigo vários hábitos e situações. Constata-se hoje uma irrefreável utilização do telefone como *meio de crime*, principalmente *extorsão e ameaça*”. Trecho de BATISTI, Leonir. **O direito ao conhecimento da origem das ligações telefônicas pelo destinatário, independentemente de qualquer restrição ou autorização judicial**. In XVI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2005, Belo Horizonte. Anais: Ministério Público e Justiça Social. Belo Horizonte: CONAMP, 2005. p. 30-44.

¹⁰⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **A lei de interceptação telefônica**. In PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal 4 – críticas e sugestões: Provas ilícitas e reforma pontual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48.

organizada, por outro deve o cidadão ter poderes e remédios rápidos para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais”¹⁰⁷.

Quando se refere ao sigilo de dados, toma corpo a relação de consumo formada entre usuário e a prestadora de serviços telefônicos. Nessa linha, englobam-se as “datas de realização das chamadas, o número de origem, o número de destino e as respectivas durações”¹⁰⁸. Dados são, portanto, os registros dos atos efetuados por uma pessoa, física ou jurídica, envolvendo informes pessoais acerca do seu estado civil, familiar, profissional ou financeiro. Já a comunicação telefônica é a conversação entre duas pessoas, cada qual em um aparelho telefônico.

O sigilo das comunicações deve ser compreendido de modo amplo, já que atinge qualquer espécie de comunicação com outrem. Contudo, há divergência doutrinária quanto à abrangência da parte final do artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “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”.

Da leitura inicial, afere-se que a possibilidade de violação, por ordem judicial, relaciona-se apenas com o sigilo das comunicações telefônicas, com o fim de instruir procedimento processual penal. Há posição doutrinária, registre-se, que afirma que a exceção do texto constitucional acima transcrito abrange também o sigilo de dados, ocasionando um problema de interpretação da norma constitucional. Vicente Greco Filho enfrenta o tema:

No texto do art. 5.º, XII, da Constituição, são duas as interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão “no último caso”, aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas. A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia). (...) A segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão “último caso” admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas. (...) Nossa interpretação é no sentido de que “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões: se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”.

¹⁰⁷ Id., 1997. p. 49.

¹⁰⁸ BATISTI, op. cit. p. 30-44.

Ademais, segundo os dicionários, último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo. Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interpretação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*). Com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (...).¹⁰⁹.

Marco Antonio de Barros¹¹⁰ também afirma que a lei maior impõe, de modo contundente, a inviolabilidade do sigilo de dados, sem excepcionar sua quebra pela via judicial, como o faz com o sigilo telefônico. Não obstante, o autor afirma que a norma constitucional deve ser vista com menor rigor, a fim de considerá-la igualmente tangível à ordem judicial. Salieta-se a possibilidade de utilização da prova com violação de dados ante a inteligência do princípio da proporcionalidade: a justificativa está na preservação de outro valor amparado constitucionalmente e que, no caso concreto, demonstra maior relevância.

A forma de invasão de privacidade da pessoa humana que mais mereceu atenção do legislador (e que resultou na edição da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996), foi a violação das comunicações telefônicas. Vale frisar que, diante da divergência exposta acima, a lei referida apenas regulamenta a quebra das comunicações telefônicas, não fazendo qualquer menção a dados. As características da Lei 9.296/1996 serão tratadas a seguir.

4.2 SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A norma constitucional (artigo 5.º, inciso XII) tem como objetivo precípuo assegurar a intimidade da pessoa e garantir ao indivíduo a liberdade de contatar outras pessoas sem o perigo de que o teor de sua comunicação seja utilizado como prova penal. Assim sendo, a proteção constitucional tem seu foco na informação transmitida entre duas pessoas seja por carta, telégrafo ou telefone¹¹¹, a qual deve ser mantida em segredo, isto é, o conteúdo da informação, via de regra, não pode

¹⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei 9296, de 24 de julho de 1996. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14-17.

¹¹⁰ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 228.

¹¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 100-101.

ser divulgado. A divulgação dessa informação consiste na quebra do sigilo das comunicações.

A quebra do sigilo das comunicações pode ocorrer de diversas formas e uma delas é a interceptação telefônica, regulamentada pela Lei 9.296/1996.

4.2.1 Espécies de captação de conversa e a abrangência da Lei 9.296/96

A quebra do sigilo das comunicações pode ocorrer, como mencionado anteriormente, por intermédio da interceptação telefônica. Todavia, consoante lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, são diversas as espécies de captação eletrônica de conversa, não se configurando razoável denominar todas de interceptação. O mais correto seria considerar todas as espécies de captação como gravações. Nesta linha, segue a importante doutrina:

Entende-se por *interceptação telefônica* a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Quando um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, tem-se a *gravação clandestina*. Existem, portanto, várias modalidades de captação eletrônica da prova: a) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, com anuência de um dos interlocutores; c) a *gravação* da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; d) a *gravação* entre presentes, da conversa pessoal e direta, sem o conhecimento dos interlocutores, por um terceiro; e) a *gravação*, entre presentes, da conversa pessoal ou direta, sem o conhecimento de um dos interlocutores, feita pelo outro ou por terceiro¹¹².

Conclui-se, portanto, que a expressão interceptação determina a espécie de captação de conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um deles. De outro turno, Antonio Scarance Fernandes, em sua obra, dispõe sobre a diferença entre a interceptação telefônica sem o

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 141-142.

conhecimento dos interlocutores e aquela com o conhecimento de um deles ou mais, a qual se denomina escuta telefônica, conforme segue:

Análise especial exige a comunicação entre duas ou mais pessoas por conversa, seja direta ou por intermédio de telefone. O conteúdo dessa conversa poderá de maneiras diversas ser captado e usado para fim de prova. A interceptação consiste na captação, sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação em sentido estrito) ou com o conhecimento de um deles. Pode ser feita por *grampeamento* de telefone, quando ocorre então a interceptação telefônica. Também pode ocorrer por outro meio, como um gravador, usado por terceiro para registrar uma conversa, tendo-se aí a interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental. Há gravação clandestina quando um dos interlocutores grava a sua própria conversa com o outro, sem o conhecimento deste. Quando o meio utilizado para a comunicação for o telefone, existirá gravação clandestina telefônica. Escuta telefônica ocorre quando um terceiro capta a comunicação telefônica alheia, com o conhecimento de um dos comunicadores¹¹³.

Percebe-se notável diferença entre as formas de captação de conversas, sejam elas por intermédio do telefone ou efetuadas diretamente. Releva-se, ainda, cuidar das denominadas gravações ambientais. São interceptações na conversa de dois ou mais interlocutores, por terceiro e sem o conhecimento daqueles, que não feitas por intermédio do telefone. Consideram-se, portanto, aquelas efetuadas pelo gravador, câmara de vídeo ou qualquer outro meio de igual alcance. Eugênio Pacelli de Oliveira¹¹⁴ afirma que a gravação ambiental é aquela “realizada no meio ambiente, podendo ser clandestina, quando desconhecida por um ou por todos os interlocutores, ou autorizada, quando com a ciência e concordância destes ou quando decorrente de ordem judicial”.

Evidentemente, as gravações e as interceptações, quando efetuadas de maneira clandestina, isto é, sem o conhecimento de um ou de todos os interlocutores, violam o direito à privacidade e à intimidade dos envolvidos, caracterizando-se como provas ilícitas. Como visto, as provas ilícitas são inadmissíveis no processo e devem, portanto, ser desentranhadas. Vale dizer que não há no Código de Processo Penal norma a respeito do desentranhamento das provas ilícitas, impondo-se a aplicação extensiva do artigo 145, IV, que determina o desentranhamento de documento considerado falso. “As interceptações telefônicas

¹¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 102.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 342.

ou gravações clandestinas constituem, no sistema processual penal, provas documentais e, se obtidas por meios ilícitos, devem também ser desentranhadas¹¹⁵”.

Ainda no que tange ao tema das gravações clandestinas, verifica-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Num primeiro momento, distingue-se a gravação efetuada com o conhecimento de um dos interlocutores daquela realizada por terceiro. Apenas estas últimas seriam ilícitas. Sobre tal fato, cabem os esclarecimentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Quando um dos interlocutores promove a gravação da conversa *sem o conhecimento do outro*, a ilicitude não ocorrerá, efetivamente, do fato da gravação. E isso porque o *conteúdo* da conversa empreendida foi disponibilizado àquele interlocutor; assim, porque conhecedor dele (conteúdo) não haveria problema na gravação feita por este. Entretanto, a questão não é tão simples. É que a revelação daquele conteúdo poderá, em tese, afetar o direito à intimidade daquele interlocutor que desconhecia a gravação. Nesse caso, embora lícita a gravação, a revelação de seu conteúdo poderia não sê-lo, afinal, o que ali teria sido dito não se destinava a mais ninguém, pois realizada no âmbito da intimidade dos interessados. Vê-se, pois, que o que irá determinar a ilicitude da prova (gravação ou revelação do conteúdo) não é o fato de ter sido realizada por terceiros ou por um dos interlocutores. Ao contrário, será o conteúdo então revelado, que poderá afetar a intimidade dos interlocutores (em quaisquer situações). Evidentemente, a gravação clandestina feita por terceiros já é, ela mesma, ilícita; não só a gravação, mas também a escuta (pessoal) da conversa sem a autorização dos interlocutores, ainda que por ele não fosse gravada. Mas, repita-se: a revelação do conteúdo de uma conversa privada (pela gravação clandestina) pode também violar a intimidade do interlocutor que desconhecia a gravação¹¹⁶.

Assim, a ilicitude probatória não está na gravação efetuada por terceiro que não seja interlocutor da conversa, e sim no conteúdo revelado pela gravação clandestina. O Supremo Tribunal Federal¹¹⁷ invoca, também, a teoria da proporcionalidade para sopesar os valores e aceitar ou não as diversas espécies de conversa no conjunto probatório penal.

Essa discussão acerca das diversas espécies de captação de conversa tem lógica. A Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, ansiosamente aguardada pelo ordenamento brasileiro, trouxe a regulamentação da parte final do inciso XII do

¹¹⁵ FERNANDES, op. cit., p. 98.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 343-344.

¹¹⁷ “É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista”. (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 75.338-8/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim. Julgado em 11 de março de 1998).

artigo 5.º da Constituição Federal, isto é, das comunicações telefônicas. Não há qualquer referência sobre as gravações clandestinas ou ambientais, e até mesmo as escutas telefônicas.

Guilherme de Souza Nucci afirma que o mencionado diploma legal permite que as comunicações telefônicas – que detêm grande relevância – e todas as demais comunicações telegráficas e de dados sejam interceptadas por ordem judicial, para fins criminais¹¹⁸. Há, por óbvio, juristas que sustentam entendimento contrário por entenderem que a expressão “último caso” do artigo 5.º, inciso XII, da Carta Magna refere-se apenas à possibilidade de existir interceptação nas comunicações telefônicas.

A fim de incrementar o embate que se formou na doutrina e na jurisprudência sobre o alcance da Lei 9.296/96, é necessária atenção ao parágrafo único de seu artigo 1.º, que estendeu a aplicação das regras também à “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. Tal fato denotou questionamentos sobre a constitucionalidade desse dispositivo. Em sua defesa, há a lição de Nucci¹¹⁹, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Damásio de Jesus¹²⁰ e César Dario Mariano da Silva¹²¹. Em sentido oposto, há a lição de Vicente Greco Filho¹²², Gomes Filho¹²³ e Ada Pellegrini Grinover. Imperioso colacionar, neste momento, as palavras de Scarance Fernandes:

O art. 1.º define o objeto da aplicação da lei: interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, e interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática. (...) A extensão da aplicação da lei no parágrafo único do art. 1.º às interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática deu lugar às discussões a respeito de sua constitucionalidade, surgindo duas interpretações. Pela primeira o dispositivo é inconstitucional, pois a Constituição somente permitiu a quebra do sigilo telefônico, assegurando irrestritamente o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados. Por outro lado, a comunicação telefônica é somente a comunicação de voz entre interlocutores, não podendo, assim, abranger a comunicação de dados por sistema de

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 343-344.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 343-344.

¹²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 105.

¹²¹ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual e penal**. São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1999. p. 58.

¹²² GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9296, de 24 de julho de 1996**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14-17. Ver nota 109.

¹²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 125-126.

informática e telemática. Ademais, se o texto legal é dúbio, como restringe a liberdade, deve ser interpretado de forma restritiva. A outra interpretação admite a constitucionalidade da regra. Considera serem a comunicação informática e a comunicação telemática formas derivadas do gênero comunicação telefônica. Não restringe o significado da expressão “comunicação telefônica” apenas à transmissão de voz e sons, abrangendo nela a transmissão de dados por telefone entre dois usuários de computador, como no sistema *modem*. Finalmente, entende que a comunicação de dados também está sujeita à interceptação, pois não há garantia constitucional absoluta, devendo-se atentar ao princípio da proporcionalidade¹²⁴.

Entende-se, finalmente, que a corrente que defende a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1.º da Lei 9.296/96 é, *data venia*, a mais acertada. Isso porque o intuito do legislador ao editar tal diploma legal foi combater a criminalidade moderna, composta precipuamente por crimes do colarinho branco, pela lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e evasão de divisas, delitos nos quais o computador figura como grande aliado das organizações criminosas. É caminho difícil encontrar prova idônea que combata esta espécie de criminalidade, senão com o acesso aos dados telefônicos e informáticos. E para tanto, haja vista a inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento brasileiro, está a Lei 9.296/96, que permite a quebra do sigilo da intimidade do acusado, munindo o *ius puniendi* estatal de instrumentos eficientes ao combate da criminalidade sofisticada. Necessário, portanto, que o julgador, frente ao caso concreto, dê àqueles dispositivos controvertidos uma interpretação teleológica¹²⁵.

Vale, ainda, citar os casos de delitos de pornografia infantil na *internet*, combatidos apenas com a quebra de dados informáticos, quando autorizados pelo juiz.

4.2.2 Requisitos das interceptações telefônicas

Primeiramente, salienta-se que as interceptações telefônicas quando autorizadas pelo julgador apenas se prestam como meios probatórios às

¹²⁴ FERNANDES, op. cit., p. 103-104.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luis. *Apud* RABONESE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 60. Complementa Streck que “isto porque seus fins se destinam ao combate da criminalidade sofisticada. Há que se compreender, pois, que a nova lei constitui-se em um instrumento destinado a enfrentar, com eficácia, primordialmente, a ‘pós-modernidade’ criminal, representada por crimes tipo colarinho branco, etc. Se assim não se entender chegaremos à (triste) conclusão de que, mais uma vez, se pode dizer que no Brasil *la ley es como la serpiente; sólo pica al que está descalzo*. Ou o que todo mundo já sabe, que há lei feitas para quem aparece na Revista Caras e leis que são feitas para quem aparece no Jornal Notícias Populares”.

investigações criminais, não sendo possível, em qualquer hipótese, utilizá-las nas ações de natureza cível ou trabalhista, haja vista o exposto na Constituição Federal. Ademais, a interceptação poderá ser determinada de ofício pelo juiz, ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, em consonância com o artigo 3.º da Lei 9.296/96. Importante destacar que o procedimento de interceptação sempre estará sob sigredo de justiça¹²⁶, em conseqüência à gravidade da prova a ser obtida.

Em atenção ao disposto no artigo 2.º da Lei 9.296/96, somente são admissíveis as interceptações telefônicas quando existir indícios suficientes de autoria; não for possível colher a prova por outro meio; e o crime em investigação for apenado com reclusão. Vicente Greco Filho¹²⁷ diz ser lamentável a redação do legislador na forma negativa, já que “dificulta a intelecção da vontade da lei e mais lamentável ainda porque dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção”.

O procedimento de interceptação tem natureza cautelar, e deve ser autorizado somente pelo juiz competente para julgar a ação penal. Assim sendo, os requisitos específicos para a autorização constituem os pressupostos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*¹²⁸. A aparência do direito, no caso do Direito Processual Penal engloba as exigências da probabilidade de autoria e de ocorrência da infração penal – a materialidade.

Discutível é o conteúdo da expressão “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, prevista no inciso I do artigo 2.º do diploma legal em tela. A redação é, mais uma vez, confusa. A tradição do Direito brasileiro consiste na afirmação “indícios suficientes de autoria”. Deve-se, logo, interpretar os “razoáveis” como se fossem “suficientes”. Conclui-se, assim, que para a autorização da interceptação, ao lado dos demais requisitos, deve haver elementos suficientes de que determinada pessoa é agente da infração penal.

¹²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 111. O autor afirma que “o sigilo é necessário em relação a terceiros, pois não deve dar publicidade às conversas telefônicas, as quais podem conter revelações sobre as vidas íntimas dos investigados e de terceiras pessoas, estranhas à relação processual”.

¹²⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei 9296, de 24 de julho de 1996. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

¹²⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei 9296, de 24 de julho de 1996. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45-46.

No tocante disposto no inciso II daquele artigo, quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, a interceptação telefônica será vedada, ou seja, apenas será autorizada quando não constituir a única ou primeira prova a ser realizada. Como apontado por Greco Filho, a interceptação constitui exceção e não a regra no ordenamento processual penal nacional.

Finalmente, discute-se sobre a possibilidade de autorização de interceptações telefônicas em crimes apenados com detenção. Guilherme de Souza Nucci afirma que a regra do inciso III, também do mesmo artigo, é, no mínimo, ilógica¹²⁹. Não há qualquer justificativa para o cerceamento da regra. Para amenizar, há o entendimento jurisprudencial¹³⁰ de que a interceptação telefônica poderá ser autorizada quando existir crimes apenados com reclusão conexos com os apenados com detenção. É um relevante avanço na jurisprudência nacional.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 349.

¹³⁰ “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 justificariam a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2.º, III, da Lei 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 reclusão”. (Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 83.515, Rio Grande do Sul. Pleno. Relator Ministro Nelson Jobim. DJ 04/06/2005. p. 11). Há ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Se, no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão – são descobertos outros crimes conexos com aqueles, punidos com detenção, não há porque excluí-los da denúncia, diante da possibilidade de existirem outras provas hábeis a embasar eventual condenação”. (STJ, RHC 13.274, Rio Grande do Sul, Quinta Turma, Relator Gilson Dipp, DJ 29/09/2003. p. 276).

5 CONCLUSÃO

A prova ilícita no Direito Processual Penal é, de fato, carregada de particularidades, as quais despedem um estudo aprofundado e atencioso dos juristas.

Rege as regras processuais penais o princípio da verdade real, diversamente daquele que regulamenta as relações jurídicas processuais cíveis, o princípio da verdade formal. Por intermédio da verdade real, o magistrado, quando diante de um processo crime, deve julgar em conformidade com a verdade dos fatos reais, isto é, com aquilo que realmente ocorreu no caso concreto. Muito embora a verdade real seja uma espécie de ficção jurídica, haja vista ser tarefa difícil reproduzir, de maneira fiel, os eventos ocorridos no mundo fático, o conjunto probatório apresentado ao julgador deve aproximar-se da realidade fática.

Para atingir-se tal pretensão, o juiz conta com poderes instrutórios próprios e com o conteúdo do princípio do livre convencimento motivado, que dispõe sobre a possibilidade do magistrado optar pelo meio de prova que lhe parecer mais convincente, fundamentando sua decisão.

As problemáticas das provas consideradas ilícitas surgem neste âmbito de atuação do juiz, pois é ele quem deve afastar a produção desta espécie de instrumento probatório, zelando, no mais das vezes, pela retidão processual, pela aplicação efetiva do contraditório e dos demais princípios processuais penais, e pela observância dos ditames legais.

Prova ilícita é, assim, aquela obtida com violação a qualquer direito material do indivíduo. Frise-se que quando a prova atingir direito processual, será ela considerada ilegítima e não ilícita. A ilicitude, portanto, está no fato de atingir direitos fundamentais dos envolvidos na produção probatória, tais como, a privacidade, a intimidade, a inviolabilidade de dados telefônicos, segredos profissionais e de domicílio, e a integridade física. São provas ilícitas, deste modo, a confissão obtida mediante tortura, a escuta telefônica (gravação de conversa sem o conhecimento dos interlocutores), a prova encontrada em domicílio violado sem autorização judicial, dentre inúmeras outras.

A fim de resguardar os direitos fundamentais do homem, a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso LVI, vedou expressamente as provas obtidas por meios ilícitos, não só no âmbito processual penal, mas também no cível e

trabalhista. Assim, já que nem todos os meios probatórios são hábeis à descoberta da verdade, e muitos atingem direitos materiais, impõem-se restrições ao uso desta espécie de prova. O processo penal deve, portanto, ser legalmente idôneo para a obtenção de sua finalidade almejada. Toda prova que contrariar normas de Direito Material e direitos fundamentais individuais deve ser prontamente afastada pelo magistrado, pois contraria a honestidade e fere a moralidade processual ínsita ao Poder Judiciário.

A ilicitude da prova deve, contudo, ser aferida diante do caso concreto. É por tal razão que muitos autores afirmam que a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas é temperada pela aplicação da regra alemão da proporcionalidade. Esta regra determina que, quando existir um conflito entre direitos constitucionais, o juiz deverá sopesar os valores de cada um deles e decidir do melhor modo que lhe parecer. Neste passo, quando existir nos autos uma prova obtida com violação de intimidade, mas que ao mesmo tempo apresenta a inocência do réu, o juiz poderá valer-se da prova ilícita em benefício de outro direito, a liberdade.

A questão da aplicabilidade da proporcionalidade em todo e qualquer conflito entre direitos fundamentais é bastante tormentosa. Há autores que lecionam direcionar-se apenas em benefício do réu. Contudo, esse entendimento mostra-se simplista ante a criminalidade organizada e moderna – a qual demanda ao órgão acusatório provas que implicam na afronta à intimidade dos acusados.

Vale dizer, a prova ilícita deverá ser utilizada tanto em favor quanto em desfavor do réu, após a análise criteriosa das características de cada caso concreto, e a ponderação – pelo julgador – dos interesses ali envolvidos.

Outra particularidade das provas ilícitas é a chamada prova ilícita por derivação, originada da teoria norte-americana *fruits of the poisonous tree*. Determina esta teoria que qualquer prova derivada da ilícita deve ser considerada também ilícita, mesmo que na sua essência não contenha ilicitude. Logo, será ilícito conhecimento da prática de um crime, pela autoridade policial, quando proveniente de uma interceptação telefônica não autorizada judicialmente.

A doutrina moderna dispõe sobre dois limitadores da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, a *independent source* e a *inevitable discovery*, as quais afirmam que, cedo ou tarde, e independentemente da prova ilícita originária, a prova derivada seria descoberta. Desse modo, não caberia o julgador afastar a prova considerada ilícita por derivação, mas apreciá-la da forma idônea que é.

As provas ilícitas comumente utilizadas e noticiadas pela mídia nacional são aquelas direcionadas à afronta da intimidade e da privacidade dos cidadãos. Cada vez mais se tem notícias sobre a existência de “grampos” telefônicos, gravações ambientais, utilização de câmeras escondidas e quebra de sigilo bancário e fiscal. As interceptações telefônicas têm sua regulamentação ofertada pela Lei 9.296/96. Esta lei, todavia, traz diversas inquietações aos juristas, provocando diversas discussões doutrinárias e também jurisprudenciais.

Atenta-se aos seguintes fatos: a sociedade clama pela necessária e justa punição aos crimes difundidos por intermédio de aparatos tecnológicos, os quais configuram a denominada criminalidade moderna, e o legislador, neste âmbito, deve oferecer eficiência aos meios repressivos do Estado, sem, todavia, autorizar uma devassa na vida íntima da pessoa.

É a convivência pacífica entre essas duas realidades que cabe ao juiz aferir em cada caso concreto, resguardando, de qualquer modo, a proteção constitucional aos direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini. e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERREIRA, Roberto dos Santos. **Crimes contra a ordem tributária.** São Paulo: Malheiros, 1996.
- FRANCO, Alberto Silva.; STOCO, Rui. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FUX, Luiz., NERY JR., Nelson., WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) **Processo e constituição:** estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica:** considerações sobre a Lei 9296, de 24 de julho de 1996. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: Malheiros, 1992.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LUSTOZA, Helton Kramer. **A quebra do sigilo bancário em investigação fiscal.** Revista Tributária e de finanças públicas. Ano 15. n. 72. jan.-fev. 2007. p. 190-213.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Impactus, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. Atual. até julho de 2003. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. (Coord.). **Os 10 anos da constituição federal**. Temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ODON, Tiago Ivo. **A prova e a busca pela verdade no direito processual penal**. Revista dos Tribunais. V. 824. Junho de 2004. 93.º ano.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal 4 – críticas e sugestões: Provas ilícitas e reforma pontual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RABONESE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual e penal**. São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1999.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. vol. 25. ed. rev. e atual.
São Paulo: Saraiva, 2003.