



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

ARMANDO RIBEIRO DE SOUSA

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL**

SOUSA - PB

2003

ARMANDO RIBEIRO DE SOUSA

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.**

SOUSA - PB

2003



S725a Sousa, Armando Ribeiro de.
A admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal. /
Armando Ribeiro de Sousa. - Sousa - PB: [s.n], 2003.

66 f.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Processo Penal. 2. Provas ilícitas. 3. Admissibilidade de
provas. 3. Cultura carcerária. 4. Teoria dos Frutos da Árvore
Envenenada. 5. Ilicitude de provas. I. Alencar, Manoel Pereira de. II
Título.

CDU: 343.1(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

ARMANDO RIBEIRO DE SOUSA

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO
PROCESSO PENAL**

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADOR

MEMBRO

MEMBRO

SOUSA –PB

05/09/2003

A meus pais, irmãos pelo apoio e carinho pelo incentivo nesta segunda etapa da longa e difícil busca do conhecimento jurídico.

E a todos que, de alguma forma, me auxiliaram para a concretização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradecemos a Deus, por nos dar a iluminação e oportunidade de viver, dando significado à nossa existência.

Aos meus pais Pedro de Sousa Martins e Maria de Nazaré Ribeiro de Sousa e aos meus irmãos, pelo amor e dedicação dispensados, sempre colocando a educação no mais alto patamar, propiciando uma melhor expectativa ao meu futuro.

A minha namorada, Karla Gardênia Parga Nunes, pelo apoio e esforço prestado no intuito de contribuir para o meu sucesso profissional.

Aos meus amigos e colegas de curso, pelo apoio e amizade dispensados.

Enfim, agradecemos a todos os que colaboraram, de qualquer forma, para a consecução deste trabalho.

*"Felizes os que têm fome e sede de justiça,
porque serão saciados".*

MATEUS (5.8)

APRESENTAÇÃO

A idéia de abordar o presente tema surgiu com as constantes decisões em que se absolviam acusados, notadamente culpados, por considerarem-se ilícitas as provas colhidas mediante invasão ao direito à intimidade consagrado em nossa Constituição, o que gerava um certo descontentamento e descrédito do Judiciário, principalmente na época em que iniciava os estudos no Curso de Direito, não possuindo conhecimentos jurídicos suficientes para compreender o verdadeiro sentido de justiça, e, mesmo após a graduação, em virtude das repetidas interpelações e cobranças advindas daqueles que, assim como eu, não conseguia entender.

A partir de então, percebemos a grande relevância da matéria, ensejadora de intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, precipuamente no que tange a contaminação das provas derivadas de uma ilícita, havendo inclusive mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre tal questão.

Assim, buscamos proporcionar um estudo acerca das provas ilícitas, enfatizando as ocasiões em que devem ser aceitas, bem como a contaminação das provas que delas advierem, demonstrando o entendimento de nossos tribunais e evidenciando sempre o posicionamento que tomamos sobre o tema.

RESUMO

Abordagem acerca das provas ilícitas, analisando-as diante dos princípios e direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição. Estudo de sua admissibilidade processual mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, em virtude da relevância do bem jurídico tutelado. Enfatiza-se, outrossim, a teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como o posicionamento dos nossos tribunais, como forma de situarmos-nos a respeito da evolução dos direitos e garantias constitucionais no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: ADMISSIBILIDADE, PROVAS, ILÍCITA, PROPORCIONALIDADE E FRUTOS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1.....	11
1-PROVA.....	11
1.1 Conceito.....	11
1.2 Objeto e Finalidade.....	12
a) fatos axiomáticos.....	13
b) fatos notórios.....	13
c) fatos irrelevantes.....	13
1.3 ônus da prova.....	14
1.4 Sistema de apreciação de provas.....	15
a) Íntima convicção.....	15
b) Prova legal.....	15
c) Livre convencimento.....	15
1.5 Contraditório e Ampla Defesa.....	17
CAPÍTULO 2.....	18
2.PROVAS ILÍCITAS.....	18
2.1 Evolução histórica.....	18
2.2 Considerações Gerais.....	20
2.3 Provas proibidas.....	21
2.4 Princípios do Estado de Direito e sua relação com a ilicitude das provas.....	23
2.5 Posição brasileira.....	28
a) Admissibilidade das provas ilícitas.....	29
b) Inadmissibilidade das provas ilícitas.....	31
c) Teoria mista.....	31
2.6 Inadmissibilidade das Provas Ilícitas.....	31
a) inadmissibilidade absoluta.....	32
b) inadmissibilidade relativa.....	34
2.7 O princípio da proporcionalidade.....	35
2.8 Prova ilícita pro reo.....	39
2.9 Provas Ilícitas por derivação.....	41
a) Prova derivada não-exclusiva.....	42
b) Prova derivada exclusiva.....	43
CAPÍTULO 3.....	45
3 MODALIDADES DE PROVAS ILÍCITAS.....	45
3.1 Constituição Federal de 1988 e Lei 9.296/96.....	45
3.2 Interceptação Telefônica.....	48
3.3 Interceptação Ambiental.....	49
3.4 Gravação Clandestina.....	50
3.5 Comunicações em Sistemas de Informática e Telemática.....	50
3.6 Sigilo de Bancos de Dados.....	52
3.7 Sigilo de Correspondência.....	54
3.8 Inviolabilidade de Domicílio.....	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos foram objetos de inúmeras lutas e revoluções, todas no intuito de seu reconhecimento, havendo seu ápice inicial com a promulgação da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* em 1789, com a Revolução Francesa, inspirada com os ideais iluministas.

Essas liberdades almejadas por todos os cidadãos são intituladas de liberdades públicas, uma vez que são as garantias que o indivíduo possui contra o arbítrio Estatal, visando, assim, proteger a pessoa diante de possíveis abusos que venham a ser cometidos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo, grande preocupação em assegurar aos cidadãos direitos que nunca haviam sido amparados em Nossas Cartas Magnas anteriores.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados não são ilimitados, uma vez que se delimitam com os outros direitos igualmente reconhecidos em nossa Constituição.

Então, é exatamente no binômio segurança social – liberdades públicas individuais onde se fulcra a discussão acerca dos limites à atividade probatória.

Ora, os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como uma proteção à prática de atos ilícitos, criminosos, tampouco para fugir ou atenuar a responsabilização de seus atos nas esferas civil, penal ou administrativa, porquanto estaria cultuando um verdadeiro desacato ao Estado de Direito, que tem como objetivo fundamental proporcionar um ambiente de segurança social, mediante a certeza de que existe previsão legal para orientar as ações estatais e individuais.

Diante disto é que este trabalho tem o objetivo de analisar os aspectos constitucionais do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, em relação aos demais defesos em nossa Magna Carta, situando-o como elemento pertencente ao fundamento desta, delimitando-se o seu grau de importância, não se aceitando o absolutismo

de um princípio em detrimento dos outros, pois quando entram em conflito, o intérprete deverá utilizar o princípio da concordância prática, de forma a harmonizar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício de uns diante de outros.

CAPÍTULO 1

1- PROVA

1.1. Conceito

A denominação “prova” advém do latim *probatio*, significando o conjunto de atos praticados pelas partes, peritos, ou juízes, destinados à convencer o magistrado da veracidade de suas afirmações, de algum acontecimento, ou até mesmo da inexistência de algo.

Prova seria, portanto, o meio empregado para demonstrar ao julgador a verdade sobre os fatos, formando-lhe sua convicção para que fundamente e direcione a sua decisão. Em última análise, é o instrumento necessário para que as partes litigantes possam fazer prevalecer, em juízo, suas pretensões.

Assim, de acordo com Eduardo Espínola Filho¹, prova é:

a atividade desenvolvida no curso da ação para convencer da existência da infração penal, sua autoria (declinada na denúncia ou queixa), bem como de ter havido ou não causas excludentes da criminalidade, para afastar a responsabilidade do agente.

Então, visa a prova, formar a convicção do julgador, sobre a veracidade ou não da infração penal que está sendo imputada ao agente, para que se possa firmar a decisão da causa, justificando-se, perante a sociedade, a decisão adotada, mediante a apresentação dos elementos necessários.

¹ Apud DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assad. Curso de Processo Penal. São Paulo, Atlas, 1999, p.248.

1.2. Objeto e Finalidade

A prova deverá dizer respeito aos fatos, não a todos, mas apenas àqueles em que pese incerteza, necessitando, por conseguinte, de demonstração para o desfecho da causa.

Sua finalidade é igual ao propósito do processo, já que ambos buscam a elucidação dos fatos, para que chegar a uma conclusão, revestida sob a forma de uma decisão judicial.

Relata, destarte, a indispensabilidade de revelar ao julgador a validade da aspiração almejada, além de demonstrar a inverdade dos fatos articulados pela parte contrária.

Com relação ao objeto da prova, no entender de Fernando Capez², recairá sobre “fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por esta razão, de adequada comprovação em juízo.

Não se concebe, dessa maneira, que a atuação probatória vise fatos que não revelem dúvidas, não possuindo qualquer importância ao deslinde do processo.

No entanto, no Processo Penal, mesmo os fatos denominados incontrovertidos, ou seja, aqueles confessados ou admitidos por ambas as partes, devem ser provados, visto que o juiz poderá questionar o que lhe pareça duvidoso ou suspeito, não estando obrigado à aceitação pura e simples do alegado uniformemente pelas partes, uma vez que não raros, por exemplo, casos em que um indivíduo confessa a prática de um crime sem tê-lo feito, por diversos motivos.

Partindo do pressuposto que a atividade probatória não alcança todos os fatos processuais, destacamos aqueles que não poderão ser objeto de prova:

² CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1999. p. 239.

a) fatos axiomáticos

Aqueles evidentes, na qual o grau de certeza que se possui dos conhecimentos sobre algo, forma completamente a convicção, não necessitando comprovação. Por exemplo: um pedestre ao atravessar uma via pública, é atropelado por um ônibus, sendo triturada a sua cabeça. Neste caso não será preciso o exame cadavérico interno, pois a *causa mortis* é manifesto.

b) fatos notórios

É o caso da verdade sabida, na qual se aplica o princípio *notorium non eget probatione*, o notório não necessita de provas, visto que é conhecido de todos.

Na lição de Chiovenda³, consideram-se notórios os fatos quando, pelo conhecimento geral, são tidos como certos e indiscutíveis, porque pertencem à História, ou às leis naturais, ou aos fatos sociais e políticos que interessam à vida pública atual.

Por exemplo, não é preciso comprovar que Luiz Inácio Lula da Silva é o Presidente da República Federativa do Brasil, pois tal fato é claro, patente.

c) fatos irrelevantes

Embora pertençam à causa, não influenciam a decisão, ou solução da causa. Aplica-se o princípio *frustra probatur quod probantum non relevat*, isto é, verdadeiros ou falsos, os fatos não preponderam na apuração da verdade real para a resolução processual.

Como exemplo, podemos citar a desnecessidade de provar qual música era ouvida pela vítima no momento de seu assassinato, pois nada iria incutir para o desfecho do processo.

d) presunções legais

Sua conclusão decorre da própria lei, ou da ordem natural das coisas, podendo ser absolutas (*jure et de jure*) ou relativas (*juris tantum*).

³ Apud DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assad. Op. cit., p. 249.

A conceituação da presunção divide a doutrina, no sentido de que, para alguns, a presunção é uma espécie de prova indireta, não se confundindo com indício.

Para José Frederico Marques⁴, indícios e presunções em nada diferem, considerando-os provas indiretas, que se constituem em ilações de que o juiz se utiliza para formar seu convencimento, ou seja, a presunção *hominis*, em que o juiz tira suas conclusões da ordem normal das coisas.

O valor probante da presunção poderá integrar o livre convencimento do juiz, mas também, poderá a lei determinar-lhe a importância, ocorrendo, neste caso, a presunção legal.

Já a presunção relativa ocorre quando, a lei estabelece como verdade determinado fato, enquanto não houver prova em contrário, incumbindo à parte contra quem pesa a presunção, a sua produção.

1.3. Ônus da prova

O ônus difere da obrigação, haja vista que, caso não se cumpra o ônus de prova, não haverá uma sanção legal para tanto, pois não houve afronta ao ordenamento legal, sendo que, a parte incumbida do ônus de prova, arcará com o prejuízo que causou sua omissão ou caso não tenha havido, deixará de obter vantagem que adviria de sua atuação.

Destarte, ônus da prova é o encargo imposto aos litigantes de provar a verdade dos fatos, através dos meios admitidos para convencer o julgador da posição que sustentam.

No Código de Processo Penal, o ônus da prova é previsto no art.156, estabelecendo que, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas”.

⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1997. v. 2, p. 254.

Então, caberá à parte sustentar suas afirmações através da atividade probatória, facultando-se ao juiz, caso entenda necessário, determinar a produção de provas para dirimir dúvidas que poderiam afetar uma decisão correta, já que o objetivo maior é a busca da verdade real.

Importante frisar que, devido a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, tal faculdade de produção de provas pelo magistrado deve ser supletiva, devendo ser moderada sua atuação, restringindo-se a uma área de atuação delimitada, sob pena de quebra da imparcialidade, violando-se o princípio da *reformatio in pejus*.

A repartição ao ônus da prova repousa principalmente na sentença de que, visando à vitória na lide, cabe a parte desenvolver, perante o juiz e no decorrer do processo, uma atividade capaz de atingir em seu interior a convicção de julgar em seu favor.

Ressalta-se que o ônus da prova recai sobre quem aproveita o reconhecimento do fato, todavia, uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante questionar quem produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos proeminentes foram devidamente provados.

1.4. Sistema de apreciação de provas

Após a fase de produção das provas, instaura-se a fase de avaliação dessas provas apresentadas no decorrer do processo, assim, dentre os grandes sistemas de apreciação de prova, abordaremos os três principais: o da íntima convicção; da prova legal; do livre convencimento.

a) Íntima convicção

O juiz atribui o valor às provas da forma que bem entender, não estando obrigado a expor os motivos de seu convencimento, pois o juiz possui o poder absoluto, a integral liberdade de avaliação.

Esse sistema foi primitivamente utilizado por vários povos, tendo sido praticamente abolido nos dias atuais, persistindo, ainda, na instituição do *juris popular*, na qual os jurados apenas proferem uma resposta “sim” ou “não”, não necessitando externar as razões de seu convencimento.

b) Prova legal

O julgador decide com base nas provas apresentadas, possuindo uma valoração predeterminada, ou seja, a lei diz qual valor deverá ser dado à prova.

Neste caso, a lei submete ao juiz um rigoroso respeito às regras anteriormente estabelecidas, atribuindo-lhes, *a priori*, o valor de cada prova, não permitindo, assim, a discricionariedade do magistrado, inexistindo, portanto, qualquer convicção pessoal deste em relação à valoração das provas.

Evidente fica, que esse sistema prejudica a busca da verdade real, propiciando a ocorrência de muitas injustiças, devido a impossibilidade do juiz investigar de maneira ampla e livre os fatos, dando-lhes o valor que sua convicção e fundamentação decidir merecer.

c) Livre convencimento

É o sistema adotado em nosso ordenamento jurídico, de maneira expressa pelo art.157 do CPP, *in verbis*: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Apresenta-se como uma conjugação dos dois sistemas anteriores, desenvolvendo-se ao juiz o livre arbítrio, dando-lhe ampla liberdade na apreciação e valoração das provas. No entanto, ficará o juiz adstrito a motivar sua decisão, que deverá ser pautada nos liames dos autos, não podendo ignorar o conteúdo das provas, bem como os argumentos proferidos pelas partes durante a instrução processual, sob pena de ser nula tal decisão.

Esse sistema atende às exigências da busca da verdade real pelo juiz, impedindo, contudo, que este possa agir de maneira absoluta, autoritária, haja visto que a decisão deverá ser explicitamente fundamentada.

Para Fernando Capez⁵:

Trata-se, na realidade, do sistema que conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, pois a convicção do juiz em relação aos fatos e às provas não pode ser diferente de qualquer pessoa que, desinteressadamente, examine e analise tais elementos.

Portanto, a decisão do juiz, através de sua convicção, deverá ser de tal motivação, que qualquer pessoa estranha ao processo, ao examiná-lo, produza o mesmo resultado.

1.5. Contraditório e Ampla Defesa

A Constituição Federal de 1988 assegurou o princípio do contraditório e da ampla defesa, em seu artigo 5º, inciso LV, estabelecendo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Refere-se à ampla defesa ao direito assegurado ao réu de condições que lhe permitem trazer para o processo, seja judicial ou administrativo, todos os elementos tendentes a descobrir a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender que assim está maximizando suas chances de obter êxito em sua defesa.

Já o contraditório diz respeito à possibilidade que possuem as partes processuais, para contestar os fatos alegados pelo seu oponente, no intuito de firmar a versão que melhor lhe apresente.

⁵ CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 248.

CAPÍTULO 2

2 - PROVAS ILÍCITAS

2.1. Evolução histórica

Embora tenha sido preocupação constante durante a evolução da sociedade, o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, de maneira expressa, através das declarações de direitos, remonta a pouco tempo, estando distante de exaurir suas possibilidades, vez que a conquista de direitos ocorre de maneira permanente.

O maior baluarte dentre as manifestações mundiais acerca da garantia dos Direitos Humanos veio através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948, na Assembléia-Geral das Nações Unidas.

O grande inconveniente da Declaração Universal é a falta de um aparato próprio para fazer valer os seus dispositivos, vez que ocorre um desrespeito acintoso e cruel de suas normas, ao longo de sua existência.

No tocante aos direitos fundamentais do homem, insertos do artigo 1º ao 21, destacamos os pertinentes à matéria abordada neste trabalho:

Art. V – Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Art. XII – Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e à sua reputação. Todo homem tem direito à proteção das leis contra tais interferências ou ataques.

A partir dessa, diversas outras manifestações mundiais relacionadas aos direitos humanos surgiram, dentre as quais: *Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades Fundamentais, aprovada em Roma no dia 04/11/1950; Carta Social européia, aprovada pelo Conselho da Europa, em Turim, em 18/10/1961; Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados pela Assembléia Geral, em Nova York, em 16/12/1966;*

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada Pacto de San José da Costa Rica, adotada em 22/11/1969; Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vigora desde 18/06/1978.

Com a evolução das Declarações de Direitos, iniciou-se um processo com o intuito de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se garantias constitucionais dos direitos fundamentais, com o advento das constituições contemporâneas.

No Brasil, as constituições sempre continham uma declaração de direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país, ressaltando-se que a primeira constituição no mundo, a subjeter e positivar os direitos do homem, para proporcionar firmeza jurídica de fato, foi a do Império do Brasil, de 1824.

Com a Constituição Federal de 1988, sintetizou-se as antigas previsões constitucionais com os preceitos que vinham sendo tratados em convenções internacionais, propiciando, através disso, ampla proteção aos direitos e garantias fundamentais, dispostos em seu artigo 5.º.

Segundo Flávia Piovesan⁶, consagra plenamente as três dimensões fundamentais do Estado democrático de Direito, quais sejam: a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais.

Diante disso, percebemos que é a pioneira em demarcar especificamente os objetivos fundamentais do Estado, principalmente os que embasam as prestações positivas que concretizam a democracia econômica, social e cultural, com a finalidade de materializar na realidade, a dignidade da pessoa humana.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.57.

Portanto, temos em nossa Carta Maior, a preocupação em garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, visando a consecução e permanência do Estado Democrático de Direito, imprescindível objetivo por ela almejado.

Nesse contexto é que encontramos enfoque às provas ilícitas, previstas sob diversas formas, assim como o sigilo comunicações, a proibição da tortura, a inviolabilidade do domicílio, culminado com a previsão expressa da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

2.2. Considerações Gerais

O direito à prova, constitucionalmente adotado, uma vez que está inserido nas garantias da ação, da defesa e do contraditório, não é absoluto, em face da natural limitação resultante do princípio da convivência das liberdades.

Não se permite, assim, que qualquer liberdade seja exercida de maneira danosa às liberdades alheias e à ordem pública.

Ora, certo está que todos os direitos assegurados constitucionalmente devem ser interpretados harmônica e teleologicamente, em virtude de que constituem um sistema.

Então, a interpretação literal provocaria uma série de conflitos entre os direitos constitucionais, pois sempre haveria um prejudicado pelo absolutismo de outro.

Os direitos constitucionais são relativos, fazendo-se necessária a adoção de um critério de proporcionalidade para favorecer o valor preponderante em caso de confronto.

O processo deve ser formado dentro de uma zelosa regra moral, que definirá a atividade do juiz e das partes.

A evolução processual penal nos faz entender que a finalidade processual não é aplicar a pena ao réu de qualquer forma, visto que a verdade deve ser obtida consoante uma forma moral inconcussa.

Muito se questiona acerca do princípio da verdade real, prevalecente em nosso sistema penal, que permitiria uma liberdade absoluta ao magistrado na busca da verdade material, no sentido de que, como afirma Ada Pellegrini Grinover⁷:

em todos os setores do conhecimento, a noção de verdade está constantemente condicionada àquela série de valores que se traduzem pelo método através do qual se desenvolve sua busca.

Assim, não se pode permitir que o modo de agir valha mais do que o resultado, produzindo uma verdade obtida a qualquer custo, sacrificando até mesmo a liberdade individual.

Dessa forma, o direito à prova, garantido em nossa Carta Magna, deverá ser regularmente exercido, sob pena de violar a garantia do efetivo acesso à justiça.

No entanto, há barreiras ao exercício desse direito, limitando a atividade persecutória do Estado, uma vez que o direito à prova não está só, existindo diversos outros direitos, igualmente garantidos por nossa Lei Fundamental, bem ao seu lado.

2.3. Provas Proibidas

São todas aquelas não permitidas ou vedadas pelo direito, devendo ser completamente expurgadas do ordenamento jurídico, não importando se a norma contrariada é de natureza material ou processual, ou até mesmo híbrida.

De tal sorte que, como bem nos ensina Fernando Capez⁸

a ofensa ao direito pode se verificar no instante em que a prova é colhida, havendo, assim, violação às regras de direito material, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da moral, bem como no exato momento em que a prova é introduzida no processo, infringindo, nesse caso, as normas processuais. Assim, no primeiro caso, temos as provas ilícitas, e, na segunda hipótese, as chamadas provas ilegítimas.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 111/112.

⁸ CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 241.

Dessa feita, é patentemente vedada a produção probatória sempre que houver a violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material, denominado-se provas ilegítimas no primeiro caso, e ilícitas no segundo.

Com isso, entendemos que uma proibição possui natureza exclusivamente processual quando é posta em função unicamente da lógica e finalidade do processo. A proibição possuirá natureza substancial na ocasião em que, por atingir mediatamente também interesse processual, é posto essencialmente em função do direito que o ordenamento reconhece como individual, independentemente do processo. A violação da proibição constitui em ambos os casos uma ilegalidade, mas enquanto, no primeiro caso, será um ato ilegítimo, no segundo caso será um ato ilícito.

As provas ilegítimas, no que toca a sua admissibilidade, não nos parece necessário maior aprofundamento, posto que a sanção correspondente está prevista na nulidade do ato e conseqüentemente da decisão que houver sido proferida com base nestas.

Um bom exemplo disto está na proibição imposta a determinadas pessoas prestarem depoimento testemunhal, prevista no artigo 207 do Código de Processo Penal, caso em que a sanção vem disposta no mesmo dispositivo, qual seja o reconhecimento de nulidade do ato desempenhado.

Por sua vez, as provas obtidas por meios ilícitos, mediante a violação de normas de direito material, são inadmissíveis no processo, constituindo-se uma garantia de ordem constitucional.

Expressamente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

No que tange às provas ilícitas, os exemplos são opulentos, podendo-se mencionar aquelas obtidas mediante invasão de domicílio, tortura, violação do sigilo de comunicações, gravações clandestinas, dentre outras.

Dessa feita, inferimos que a obtenção da prova em afronta à lei, aos costumes, à moral e aos princípios gerais de direito, caracterizará a idéia de prova vedada, cuja existência no processo é veementemente proibida, devendo ser expulsa, não podendo lhe atribuir qualquer valor probatório para o desfecho processual.

O ordenamento jurídico não institui expressamente uma sanção às provas que colidem com as normas de direito material, embasando-se apenas através da previsão constitucional de sua inadmissibilidade nos autos, motivo pelo qual surgem posicionamentos que as admitem em determinados casos específicos.

Importante frisar, ainda, que o momento em que se dá o desacatamento às normas jurídicas é diverso, uma vez que, em relação à prova ilegítima, o rompimento às regras do ordenamento jurídico ocorre no instante em que esta é produzida, no decorrer do processo, diversamente das provas ilícitas, onde a violação se dá no momento da colheita da prova, podendo ser mesmo antes de iniciado o processo.

2. 4. Princípios do Estado de Direito e sua relação com a ilicitude das provas

O Estado de Direito surgiu através do desenvolvimento racional dos modos de intervenção estatal no âmbito individual do cidadão, tanto em sua vida particular, quanto em sua vida social.

Através deste, visa-se proporcionar um ambiente de segurança social, mediante a confiança de que existirá previsão legal para direcionar as ações do Estado, do mesmo modo que ocorre com os indivíduos, propiciando, dessa forma, a harmonia social para a coletividade.

Assim, normas legais anteriormente criadas às situações de conflito, garantem aos cidadãos o prévio conhecimento dos poderes e deveres do estado e dos demais membros da comunidade, materializando-se, com isso, o Estado de Direito.

O Estado de Direito evoluiu naturalmente com a sociedade, aperfeiçoando seu funcionamento, modernizando seus institutos, adaptando os princípios originários às necessidades que surgiam no decorrer progressivo da coletividade, surgindo, então, até mesmo novos princípios, não imaginados *a priori*. Tudo para que a mudança na realidade trazida com o passar dos tempos, não prejudiquem as garantias conquistadas pela humanidade.

Um dos princípios que mais trazem segurança jurídica aos indivíduos é o da igualdade, pois traz ao homem a certeza de que somente a sociedade organizada, possibilita a justiça, não no sentido positivista, mas no sentido íntimo, interior, levando à paz em seu âmago.

Ressalta-se que tal princípio pretende dar a todos, a consideração e o respeito por sua individualidade, não significando que o Estado deverá tratar do mesmo modo todos os cidadãos, deixando de avaliar as particularidades de cada situação particular.

Segundo Beccaria⁹, a desigualdade é inevitável e, até mesmo, útil à sociedade, mas só deveria existir entre os indivíduos e em virtude das dignidades e do mérito, nunca entre as ordens do Estado, devendo nascer e desaparecer a todo instante, e não se eternizar.

Portanto, para que se promova a igualdade é primordial reconhecer e considerar as desigualdades em casos concretos, valendo-se da máxima de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

No que tange às provas, muito nos vale os ensinamentos de Maria Cecília Pontes Carnaúba¹⁰:

Quando a Constituição brasileira determina que são inadmissíveis no processo as provas colhidas por meios ilícitos, estabelece uma regra geral que deve ser observada no trato com o cidadão médio em circunstâncias normais, em que existe a

⁹ BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). *Dos delitos e das penas*. Trad. Flório de Angelis, Bauru: Edipro, 1993, p. 73.

¹⁰ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo. Saraiva, 2000, p. 30/31.

possibilidade de coleta de provas criminais pelas vias ordinárias, e, através delas, é possível a aplicação das penalidades legais.

Nesse sentido, a previsão constitucional visa garantir tratamento igual aos cidadãos, combatendo a impunidade, não se aceitando o emprego de meios mais gravosos ao indivíduo quando há a possibilidade de, lançando mão de meios menos danosos, obter as provas imprescindíveis.

No entanto, existem crimes deveras prejudiciais à sociedade, como os crimes contra o erário público, cometidos normalmente por indivíduos dotados de diversos privilégios, dificultando a produção de provas e a conseqüente realização da justiça, necessitando-se, neste caso, um abrandamento do preceito constitucional para não ferir o princípio da isonomia, pelo qual se deve viabilizar, para todas as espécies de crime, a mesma possibilidade de punição por parte do Estado.

Nossa Carta Magna defende vorazmente as liberdades individuais, assegurando aos cidadãos o livre exercício da vontade humana, respaldada em direitos e garantias fundamentais consagradas em seu escopo.

Entretanto devemos analisar o homem como membro de uma sociedade, em uma realidade concreta, não podendo desvincular sua individualidade do contexto societário.

Percebemos, então, que a liberdade pública do cidadão deve ceder em face de um interesse de ordem coletiva, sendo que, obviamente, o interesse de ordem coletiva nunca poderá desprezar, arbitrariamente, o direito do cidadão, sob pena de legalizar-se o exercício abusivo das atividades estatais, como a conseqüente perda do conteúdo das garantias constitucionais.

Outro princípio bastante invocado no que pertine ao estudo das provas, é a presunção de inocência, fulcrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, preceituando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal princípio não é afetado de forma alguma através da investigação criminal e coleta de provas, visto que tais institutos visam assegurar a ordem pública, perfazendo-se como um dever do Estado perante os indivíduos, valendo-se da produção de provas para a consecução do seu objetivo, qual seja a coleta de informações sobre fatos que estão tipificados como crime.

Portanto, a presunção de inocência não interfere na obtenção de provas, pois, caso contrário, impossibilitaria qualquer forma de investigação criminal, inviabilizando o fazimento de justiça, ceifando o poder estatal de disciplinar as relações humanas.

Traria, dessa forma, uma perda da segurança jurídica dos indivíduos, uma vez que, como se fundamenta na previsibilidade das ações estatais e individuais através da legislação que as vinculam, bem como na certeza da imutabilidade das decisões estatais em casos práticos, ensejaria um corte às condições estatais de promover os desfechos às controvérsias.

É inerente aos seres humanos a necessidade de segurança para conjeturar suas atitudes e ordenar os objetivos que almeja, pois a incerteza acaba por arruinar os mais valorosos desejos do homem.

A segurança jurídica é profundamente abalada pela falta de punição àqueles que transgridem as regras estabelecidas pela coletividade, em razão de não poder, o corpo societário, aceitar que, as previsões legais para punir os violadores da ordem pública, estejam com tantas deficiências, a ponto de propiciar, sob suas mantas, a impunidade transfigurada na ilicitude de provas que infringiram a privacidade ou liberdade desses malfeitores.

A demora para a materialização da justiça, assim como a impunidade, desestrutura o sistema constitucional destinado a proporcionar segurança jurídica, prejudicando a supremacia da Constituição e, por isso, transformando-se em ineficazes as garantias constitucionais.

Dessa feita, a previsão constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas não pode ser utilizada como obstáculo aos objetivos básicos do Estado, tais como a segurança jurídica e a obtenção de justiça, sendo necessário utilizá-la como um dos meios constitucionais a serviço da promoção da igualdade de todos diante da lei, com o intuito de formar uma sociedade justa.

Devemos sempre recordar que o objetivo estatal de respeito à dignidade da pessoa humana não se antagoniza com os demais: promoção do bem-estar de todos, da justiça e da garantia da ordem pública.

Por conseguinte, faz-se necessário uma interpretação pormenorizada do alcance da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, com a intenção de auxiliar a formação de um aparelho estatal repressivo eficiente, e, acima de tudo, proporcionar a materialização dos princípios basilares do Estado de Direito, que, em conjunto, são os elementos responsáveis pela segurança jurídica dos cidadãos.¹¹

2. 5. Posição brasileira

Com o advento da Constituição Federal de 1988, firmou-se a posição da doutrina e jurisprudência brasileiras no sentido de se considerar inadmissíveis no processo as provas obtidas de maneira ilícita, ficando limites para a produção e utilização do direito à prova.

Isto decorre da necessidade de impor restrições ao Estado quanto aos modos de investigação e persecução que deverão ser utilizados para o combate à criminalidade e manutenção da ordem pública.

Com isso, a prova obtida ilicitamente não produz, absolutamente, nenhum efeito, provocando a inexistência do ato, com objetivo de desestimular a violação das liberdades individuais para se provar a qualquer custo a verdade processual desejada.

¹¹ Id. Ibid., p. 43.

Os documentos produzidos em desrespeito a normas materiais ou processuais são desguarnecidos de qualquer força probatória, não podendo influir no convencimento do magistrado quando proferir sua decisão, devendo, por isso, serem desentranhados e reduzidos a um nada jurídico.

Nesse sentido, expressamente, o legislador constituinte, estabeleceu, no artigo 5.º, Inciso LVI, de nossa Carta Maior, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O texto constitucional referiu-se, ainda, em outras situações de impossibilidade de utilização de provas produzidas de maneira diversa às normas e princípios materiais de nosso ordenamento jurídico, conforme entrevemos nos artigos abaixo citados:

“Art. 5.º (...)

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

XI- a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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

Percebe-se, dessa forma, um propósito claro em dar maior atenção aos direitos e garantias individuais, assim como no dispositivo proibitório de produção ilícita de provas.

Embora o Estatuto Processual Penal Pátrio deixe a desejar no que tange à problemática probatória, em alguns pontos observa a orientação constitucional, como podemos ver nos seguintes artigos transcritos:

“Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.”

Embora a grande maioria dos autores, dentre os quais os mais renomados, defenda a tese da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, vários novos entendimentos surgem defendendo a atenuação dessa regra, criando-se exceções mediante a utilização de princípios, tais como o da proporcionalidade, a admissão das provas ilícitas em favor do réu e a teoria dos *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada).

Assim, surgiram correntes divergentes entre os doutrinadores pátrios: uma defendendo a admissibilidade processual das provas ilícitas; outra a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente; e, por fim, uma teoria mista.

a) Admissibilidade das provas ilícitas

Anteriormente, seguidos pelos dogmas do livre convencimento e da verdade real, os juristas sempre pendiam em acatar as provas obtidas ilicitamente, para o princípio da investigação da verdade, uma vez que o interesse da sociedade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento.

Assim, a prova ilícita era considerada plenamente eficaz, devendo punir-se os responsáveis pela violação dos direitos individuais.

Então, corroborados pela busca da verdade real, diversos autores tinham a reconstituição da realidade como princípio que rege o processo, não importando as violações de normas e princípios materiais para a consecução deste objetivo, pois deixar de aceitar relevantes fatos processuais em virtude de excessos em sua obtenção, seria impedir que o julgador decidisse da forma mais justa.

Essa corrente é favorável à utilização no processo das provas obtidas ilicitamente, ao fundamento de que não violam normas de Direito Processual, e sim de Direito Material.

Concepção semelhante encontramos no direito italiano, invocando a expressão criada pelo eminente jurista Franco Cordero¹²: *male captum, bene retentum*, ou seja, o que foi mal colhido (no momento material) foi bem conservado (no momento processual). Destarte, acreditava que deveria existir uma relação entre a inadmissibilidade da prova e o meio ilegalmente empregado, a fim de determinar a sua exclusão no processo.

b) Inadmissibilidade das provas ilícitas

Uma corrente defende que, por ser o Direito um conjunto unitário, não poderá uma prova, que em sua produção tenha violado uma norma de Direito Material, produzir reflexos no Direito Processual, devendo, dessa forma, ser expulsa do processo.

Outro grupo se baseia, para a exclusão das provas ilícitas do processo, na necessária moralidade dos atos praticados pelo Estado, uma vez que, o crime não pode ser combatido mediante a utilização de princípios considerados imorais.

Temos ainda a facção que se fundamenta na violação de princípios constitucionais, como os direitos e garantias individuais, assegurados em nossa Carta Magna, assim como a disposição acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

c) Teoria mista

A mais ponderada das teorias, originária do Direito Germânico, que adota o princípio da proporcionalidade para decidir no caso concreto, os conflitos entre os direitos e garantias constitucionais, verificando-se, caso a caso, qual deverá ser adotado para melhor atender os fins constitucionais.

2.6. Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

A Constituição Federal de 1988, com seu caráter essencialmente de proteção e respeito à pessoa humana, trouxe em seu bojo uma série de princípios com o fito de preservar

¹² FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à Intimidade e a Prova Ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.187.

e assegurar os direitos individuais, objetivando, ainda, fundamentalmente, a construção de uma sociedade justa. Dessa forma, estabelece:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III – a dignidade da pessoa humana”.

Em seguida, continua:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III – erradicar a pobreza e a marginalização; (...)

IV – promover o bem de todos...”.

Destarte, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, possuindo a obrigação de promover o respeito à pessoa humana, assim como proporcionar o bem estar de todos e a realização da justiça.

Provado há muito, é a vinculação direta da paz social com o espírito de justiça por parte dos indivíduos de uma coletividade, justiça esta que para ser feita deverá se valer de um instrumento persecutório invencível, que gere um ambiente de segurança perante todos.

O Estado, através desses preceitos asseguradores dos direitos individuais e objetivando o bem estar social, procura proteger cada cidadão com o intuito de serem ofertados tudo que for necessário para atender suas necessidades essenciais enquanto seres humanos.

Portanto, sendo a segurança uma necessidade básica do cidadão, deverá ser, a persecução criminal eficaz, obrigação prioritária do Estado, sob pena de gerar insatisfação intolerável no íntimo de cada membro da sociedade.

Dessa feita, deparamos-nos diante de valores sociais diferentes, ambos merecedores de previsão e respeito constitucional, fazendo com que o legislador amenizasse a

disposição que inadmite no processo as provas obtidas por meios ilícitos, assim, temos a inadmissibilidade absoluta e relativa.

a) inadmissibilidade absoluta

De acordo com o disposto no art. 5º. Inciso LVI de nossa Carta Magna, "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*". de sorte que, as provas que transgridem o direito material reconhecido em normas materiais e princípios gerais do direito não são admitidas no processo e, por conseguinte, consideram-se nulas.

A prova, quando ilegal, configura-se ilícito material, conseqüentemente ocasionando sua inadmissibilidade no âmbito processual, ocorrendo, dessa forma, sua nulidade, em virtude de infringir diretamente direitos individuais consagrados em nossa Constituição.

Tomando-se o sentido literal da disposição constitucional, entendemos ter, o legislador, adotado pela inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas no processo judicial, não podendo, assim, o magistrado utilizar qualquer elemento composto de força persuasiva, quando for captado com desrespeito à legislação.

Tal ocorre em virtude da atual vigência do sistema acusatório em nossa legislação, não se procurando a qualquer custo a veracidade dos fatos, como acontece no sistema inquisitivo, pois hoje a verdade real não é absoluta, sendo suprimida por outros princípios constitucionais, preservando-se a dignidade do ser humano acima de tudo.

Anteriormente, o bem jurídico tutelado de maior importância era o direito à prova, para manutenção do Estado de Direito e conseqüentemente a defesa social em detrimento do direito à intimidade e o resguardo das liberdades individuais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, concedeu-se valor quase absoluto às liberdades individuais, com exceção apenas do contido no art. 5º, LVI, que

possibilita a interceptação telefônica mediante ordem judicial, de acordo com a regulamentação conferida pela Lei n.º 9.296/96.

Então, quando as provas estão afetadas de ilegalidade, tanto substancial quanto processual, a consequência será sua inadmissibilidade, deixando de produzir seus efeitos naturais, ocorrendo, por fim, seu desentranhamento do processo, deixando de vigorar, assim, como direito absoluto, a busca da verdade real.

A doutrina de Fernando da Costa Tourinho Filho¹³, esclarece que:

A prova oriunda de interceptações telefônicas, ou de gravações clandestinas, é materialmente ilícita. Não pode fundamentar juízos acusatórios ou condenatórios. Os atos de gravar clandestinamente ou de interceptar comunicações telefônicas, além de criminosos, ofendem diretamente a cláusula do devido processo legal. Ninguém pode ser julgado com base em provas ilícitas.

Com essa vedação trazida em nossa Carta Maior, uma série de problemas de ordem prática começou a ocorrer, vez que causou um desequilíbrio entre o direito à prova, a defesa social, o estado democrático de direito, as liberdades públicas e individuais.

Assim, no entender de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça¹⁴, a predominância do direito coletivo em detrimento do particular é regra geral, entendendo-se que o direito de todos deve ter primazia sobre o direito individual, em virtude de razões lógicas de paz social e do bem comum. No entanto, devido à disposição constitucional, neste caso prevalece o direito à intimidade em relação ao direito à prova.

b) inadmissibilidade relativa

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha proibido expressamente a admissão de provas ilícitas no processo, em seu próprio texto trouxe uma atenuação à regra, referente ao meio pelo qual se obtém a prova ilícita, através da violação das comunicações telefônicas, doravante seja observada a regulamentação legal trazida pela Lei n.º 9.296/96,

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16.º ed., vol. III. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 213.

¹⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Op. cit.*, p. 49.

mediante autorização judicial e com a finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal.

A posição anterior, que inadmite as provas ilícitas, é seguida e adotada por muitos e respeitáveis doutrinadores. Os que entendem o contrário embasam sua teoria afirmando que não há hierarquia entre os direitos e garantias individuais, possuindo ambos o mesmo status constitucional.

Dessa forma, o dispositivo constitucional que proíbe a prova ilícita, assim como o dispositivo que garante a ampla defesa, estão presentes no mesmo artigo 5º da Constituição, possuindo a mesma hierarquia, cronologia e inexistindo especialidade de um relação ao outro.

Reconhece-se que os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º de nossa Carta Maior, protegidos de qualquer tipo de mudança que vise extinguí-los, em virtude das cláusulas pétreas, estão em um mesmo nível, não se podendo fazer tal afirmação quanto aos valores.

O valor destinado a cada direito assegurado constitucionalmente cabe ao judiciário, através da análise dos casos concretos, pois é impossível o legislador prever todas as possibilidades que ocorreram na prática, atribuindo-lhes individualmente e particularmente um valor que prepondera sobre outro direito.

A Constituição Federal de 1988 dedicou especial atenção às liberdades individuais, até mesmo porque, há não muito tempo atrás, vivíamos em regime que massacrou qualquer tipo de direito individual em face de um sistema ditatorial.

Ainda assim, atribuir valores absolutos a determinados princípios provocaria o sacrifício de outros igualmente importantes, provocando uma incompatibilidade do conjunto, causando uma destruição da unidade axiológico-normativa da Constituição, motivo pelo qual não podemos admitir como absolutos quaisquer tipos de direitos.

Assim, não há um valor supremo do direito à prova, bem como não há quanto à inadmissibilidades das provas obtidas ilicitamente, devendo-se recorrer, para harmonizar tal situação, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, amplamente aceitos pelos direitos germânico e americano.

2.7. O princípio da proporcionalidade

A teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), oriunda do Direito Germânico, apresenta-se como uma opção para que não se despreze, de maneira inflexível, toda e qualquer prova ilícita, vez que em alguns casos o interesse que se pretende defender é bem mais importante do que a intimidade que se deseja preservar.

Naturalmente surgem, nos casos concretos, conflitos entre princípios fundamentais da Constituição, devendo-se elidir tal situação utilizando-se de um método comparativo para verificar qual deverá prevalecer em detrimento do outro.

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a utilização desse princípio não compromete a segurança jurídica, como um dos valores do Estado de Direito, uma vez que deixa de supervalorizar o emprego meramente formal e irracional de provas ilícitas no processo, associando esta vedação a uma análise sistêmica e criteriosa da Constituição.

No Direito Americano surgiu instituto semelhante, denominado princípio da razoabilidade, utilizado em casos extremos, com o intuito de harmonizar os direitos conflitantes que igualmente são garantidos pelo ordenamento jurídico.

A razoabilidade americana difere da proporcionalidade germânica, ao passo que se refere a uma proibição de exceder determinados limites até o ponto aceito pelas pessoas em geral.

O princípio da proporcionalidade não se atém apenas a essa proibição genérica, demonstrando quais são os limites que deverão ser atendidos, fornecendo, portanto, elementos para que possamos nos situar nos perímetros estabelecidos.

Então, devemos refletir sobre dois aspectos importantes: a exigibilidade e a adequação. O meio será exigível quando não houver qualquer outro que permite chegar ao mesmo resultado, tornando impossível a atividade persecutória do estado sem sua utilização. Já a adequação diz respeito a que com ele você poderá chegar ao resultado, não se restringindo a ser somente esta a possibilidade de chegar à decisão.

Destarte, para que possamos adotar o princípio da proporcionalidade, é necessário que a medida utilizada seja adequada, necessária e proporcional *stricto sensu*, obtendo-se a plena realização da justiça através de uma justa medida para a solução de um conflito.

Decerto que a admissibilidade desenfreada das provas ilícitas no processo acarretaria em uma tirania estatal em matéria de persecução criminal, pois o Estado, sem limites para os modos de obtenção de provas, fatalmente ofenderia os cidadãos em seus direitos e garantias individuais.

No entanto, a inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas ilicitamente também engendra uma violência social, uma vez que legaliza arbitrariedades do individualismo sobre o bem comum, gerando uma perda do respeito recíproco entre as pessoas, estimulando o aumento da violência, em vista da impunidade decorrente do uso arbitrário do direito à privacidade, prejudicando, destarte, a materialização dos fins do Estado.¹⁵

Obviamente não se pode fortalecer o poder estatal de tal maneira que lhe permita subjugar as pessoas, arrancando-lhes seu direito à cidadania, reduzindo-os a um estado de subserviência, como já tivemos a oportunidade de observar com a própria história da evolução da civilização.

¹⁵ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Op. cit., p. 86.

Contudo, assegurar ilimitadamente a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos também traz graves prejuízos à sociedade, gerando grande descrédito da justiça, uma vez que a impunidade faz com que a população, quando tolhida em seus direitos, deixe de recorrer ao judiciário.

Através do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a admissibilidade das provas colhidas por meios ilícitos no processo, não propicia a idéia de um valor absoluto à manutenção da ordem pública, não tornando, ainda, os cidadãos inteiramente destituídos da esperança de verem seus direitos respeitados.

Ressalta-se, sempre, que o princípio da proporcionalidade deverá ser utilizado em caráter excepcional e em casos extremamente graves, no intuito de equilibrar os valores fundamentais conflitantes.

Portanto, o aludido princípio tem por escopo encontrar o equilíbrio do razoável, impedindo, ou no mínimo reduzindo, a aplicação desarrazoada de leis vigentes em desconformidade com a realidade social, devendo, por isso, atualizar-se constantemente.¹⁶

Dessa feita, o direito à conservação íntegra da intimidade deve ser preterido em razão de interesses mais relevantes, não havendo justificativa para admiti-lo, sempre, em prejuízo de outros direitos igualmente consagrados.

Todavia, devido ao extenso subjetivismo concedido ao órgão julgador, devido à impossibilidade de se normatizarem todas as situações em que seja necessária a sua aplicação, o princípio da proporcionalidade é rejeitado por muitos doutrinadores, que alegam, para tanto, as incertezas e a insegurança jurídica advinda por essa falta de tipificação legal.

Outrossim, mesmo que o princípio da proporcionalidade represente uma maneira de suavizar os rigores da teoria da inadmissibilidade absoluta das provas obtidas por

¹⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro Andrade. Op. cit., p. 140.

meios ilícitos, não se pode aplicá-la indiscriminadamente, pois estaríamos infringindo preceitos constitucionais.

Mas isso não exime a importância de sua utilização, haja vista que a efetiva realização da Justiça é um direito e, sobretudo, uma necessidade do Estado Democrático de Direito, devendo ser utilizado com extrema cautela, repudiando-se, dessa forma, o posicionamento que inadmitte absolutamente a utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo.

O grande constitucionalista Alexandre de Moraes¹⁷ define bem o método que devemos utilizar quando se conflitam direitos e garantias constitucionais:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Diante disso, muitos autores estão posicionando-se no sentido de que, diante de crimes de grave prejuízo à sociedade, especialmente no que tange à repressão ao crime organizado, tráfico de entorpecentes e aos crimes hediondos, deve-se adotar o referido princípio, com a finalidade maior de realização da Justiça e de sustentar aqueles que, de caso pensado, com o intuito de expurgar a prova oportunamente, obtenham provas ilicitamente visando beneficiar-se de tal amparo legal.

¹⁷ Id. Ibid., p. 59..

2.8. Prova ilícita pro reo

É quase unânime pela doutrina e jurisprudência pátria a aplicação do princípio da proporcionalidade em benefício do réu, amparando-se no direito à ampla defesa, consagrado em nossa Carta Maior, imperando o princípio do *favor rei*.

Procura-se, com isso, promover o convencimento judicial, admitindo provas obtidas de maneira ilícita, quando tenham a finalidade de defender o acusado.

Apresenta-se, então, como uma manifestação do princípio da proporcionalidade, visto que é uma atenuação da concepção constitucional vedatória, ponderando-se dois direitos consagrados e escolhendo um para subsistir no plano concreto.

Tal posicionamento é fundado na JUSTIÇA E LIBERDADE, objetivos fundamentais da República do Brasil, aclamados no artigo 3º, inciso I, de nossa Carta Maior.

O princípio de justiça é proveniente do direito natural, pois se trata de um bem maior, supremo, ainda mais quando ligado a outro bem de importância igual, como ocorre com a liberdade, estando, pois, em um patamar superior às normas processuais e materiais do ordenamento jurídico.

Confrontando-se valores fundados na liberdade e justiça, com o direito à intimidade, deverá sempre prevalecer aqueles em relação a este, uma vez que protegem um bem jurídico mais relevante.

Assim, a grande maioria da doutrina brasileira considera tal instituto como a única exceção admitida à teoria da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, fundando-se no pressuposto que, havendo dois interesses igualmente protegidos pela Constituição Federal, ambos elevados à categoria de direitos fundamentais, quando postos em contraposição, deve ter primazia o mais benéfico ao réu.

Porquanto concluímos que a vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos diz respeito apenas às hipóteses em que sua admissão causaria prejuízo ao réu, ou seja, ensejaria uma possível condenação.

Com isso, a doutrina e a jurisprudência entendem que, a aplicação deste dispositivo, deve ser expandida aos demais meios de obtenção de provas, inclusive no que diz respeito à pessoa que grava secretamente sua conversa com terceiros no intuito de provar a própria inocência.¹⁸

Então, a prova viciada pela violação de direitos e garantias individuais do próprio acusado ou de terceiros poderá ser utilizada sempre que trazer vantagem ao réu.

Ainda mais, fundamenta-se a admissão das provas ilícitas *pro reo* com base na exclusão de ilicitude, fundados pelo estado de necessidade ou pela legítima defesa.

Deixaria de ser considerada ilícita a prova, obedecendo-se o princípio da legalidade, quando se configura, no caso concreto, os dispositivos atinentes aos artigos 24 e 25 do Código Penal, hipóteses de exclusão de ilicitude.

2.9. Provas Ilícitas por derivação

Eis um tópico que sempre proporcionou grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que nunca houve um consenso acerca de sua admissibilidade ou não.

Trata-se de prova obtida de forma lícita, mas que sua origem advém de informações oriundas de uma prova obtida de maneira ilícita, com a violação às normas de Direito Material.

Desta feita, verificada a infringência a uma regra do ordenamento jurídico, dever-se-á excluir apenas a prova sim conseguida, ou, por derivação, devem também ser

¹⁸ Id. *Ibid.*, p. 147/148.

expurgadas outras provas cujas descobertas deram-se em decorrência daquela primeiramente viciada.

Exemplo clássico de prova ilícita por derivação é a confissão mediante tortura, na qual o acusado aponta o local em que se encontra o produto do crime, cuja apreensão se faz sem qualquer transgressão a quaisquer normas do ordenamento jurídico.

Assim também se entende, o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual a polícia descobre uma testemunha do fato, que é intimada e presta depoimento regularmente, incriminando o acusado.

O fenômeno das provas ilícitas por derivação, nos Estados Unidos da América, foi cognominado pela Suprema Corte, como *fruits of the poisonous tree*, ou seja, teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual o vício da planta é transmitido a todos os seus frutos, tornando-os, envenenados da mesma forma.

Segundo Trocker¹⁹, a solução seria encontrar um meio-termo entre os dois princípios apresentados pelo ordenamento jurídico: a preservação das garantias constitucionais e a exigência de obtenção da verdade real. Para tanto, é imprescindível investigar acerca da *ratio* das normas que estariam sendo infringidas com a utilização das provas derivadas de outras viciadas, com o intuito de avaliar a possibilidade de haver uma instrução probatória que chegasse ao mesmo resultado sem que as utilizasse.

Assim, havendo uma prova ilícita no processo, todas aquelas que dela resultarem, direta ou indiretamente, não podem ser utilizadas, por estarem contaminadas pela ilicitude.

Não obstante, devemos analisar caso a caso as inúmeras ocasiões em que se encontram presentes a problemática das provas ilícitas.

¹⁹ Id Ibid.. p. 76.

a) Prova derivada não-exclusiva

A prova derivada, embora à primeira vista nos leve a entender a sua ilicitude, quando poderia por outra forma ser obtida, não há que ser considerada ilícita, uma vez que, em determinadas situações, o limite entre a prova originariamente ilícita e a derivada é extremamente sutil, podendo, até mesmo, não serem consideradas causa e efeito uma da outra, considerando-as de diferentes origens.

Ora, caso existam outras provas no contexto processual, que tendam a formar o convencimento judicial, manifestamente não podemos conceber a hipótese de nulidade do processo, tampouco de julgamento improcedente em virtude disto.

Destarte, a admissão de prova vedada, não gerará a nulidade do processo, desde que a condenação não esteja fundamentada exclusivamente nela, pois fatalmente desencadearia apenas seu desentranhamento dos autos, independentemente da apreciação das demais.

Não se poderia, também, utilizar a teoria dos frutos da árvore envenenada quando a prova ilícita não constituiu fator determinante para a produção das que dela derivam, uma vez que, possuindo origem própria, acabariam sendo descobertas de outra maneira.

Advirta-se que, caso utilizado de maneira absoluta e irrestrita, a aludida teoria ensejaria, inevitavelmente, as tentativas de fraudar o processo, visto que os próprios acusados, na tentativa incansável de fugir do *jus puniendi* do Estado, forjariam as provas ilícitas, para que, anulando-se o processo, conseguissem sua absolvição.

b) Prova derivada exclusiva

Tem recebido especial atenção da doutrina pátria a controvérsia quanto à admissibilidade das provas ilícitas por derivação, nas ocasiões em que são os únicos meios de provar o direito material alegado.²⁰

²⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade, op.cit., p.80.

Embora existam correntes defendendo sua admissibilidade em virtude da busca da verdade real, com o advento da Constituição Federal de 1988, vedando expressamente a admissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos, difícil ficou sustentar tal posicionamento, pois a teoria dos frutos da árvore envenenada é a única forma de dar eficácia a tal vedação, excetuando-se é claro, quando não forem as únicas provas a instruírem o convencimento do julgador, conforme mencionado no item anterior.

Portanto, o sistema brasileiro atual entende inaceitável a admissibilidade das provas derivadas de ilícitas no processo, pois estariam contaminadas pelo vício da prova originária, merecendo, por conseguinte, o mesmo tratamento oferecido a estas.

Tal posição, no entanto, não recebe a nossa adesão, pois conforme dissecamos neste trabalho, devemos utilizar sempre que possível o princípio da proporcionalidade para sopesar os valores em conflito e definir o mais relevante a predominar sobre o outro no caso concreto, até mesmo como uma forma de propiciar a justiça, um dos objetivos fundamentais da República.

Destarte, existe uma nova corrente que segue tal entendimento, opostamente à linha anteriormente explanada, admitindo, desde que as circunstâncias no caso concreto permitam, a utilização do princípio da proporcionalidade para determinar a licitude das provas viciadas por derivação.

Utiliza-se, para tanto, os mesmos critérios permissivos para tal análise no que concerne às provas ilícitas originárias.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, através do voto do Ministro Adhemar Maciel²¹, proferido no Hábeas Corpus n.º 3.982, em 05/12/1995, esclarece que:

²¹ STJ, HC n.º 3.982, Ministro Adhemar Maciel, 05.12.1995.

A jurisprudência norte-americana não tem sido unânime em torno da denominada Exclusionary Rule, isto é, da regra ou princípio da exclusão do processo da prova obtida ilícitamente. Inclina-se, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, pela razoabilidade (Reasonableness). A Exclusionary Rule se desenvolveu sobretudo na interpretação da Emenda Constitucional IV, que veda buscas e apreensões desarrazoadas. Suas raízes históricas estão no Semayne's case (1603) e Entick v. Carrington (1705).

Nos Estados Unidos, no Olmstead Case, de 1928, por votação apertada (5 a 4), a Suprema Corte decidiu que a escuta telefônica de conversas entre quadrilheiros de uísque (bootleggers) não era ilegal, e o "grampeamento não se achava dentro dos limites da Emenda IV" (wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment). Já em Warden v. Hayden [387 U. S. 294, 304 (1967)] a Corte também passou a entender que a Emenda IV também protegia a intimidade individual.

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a Exclusionary Rule não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Na própria Alemanha, como ainda notícia a professora Ada Pellegrini Grinover, as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação, é assim, relativa. Adota-se o "Princípio da Prioridade ou Relatividade" (Verhältnismässigkeitsprinzip).

Ora, a interpretação literal, absoluta, de um preceito constitucional acarreta prejuízos a outras garantias e direitos também consagrados, não sendo, portanto, benéfica ao Estado Democrático de Direito, violando, dessa forma, princípios e objetivos de nossa Carta Maior.

Então, deve-se utilizar uma interpretação teleológica do sistema, para que se chegue, da maneira mais justa possível, às soluções dos conflitos entre direitos consagrados em nossa Lei Fundamental, conferindo-se ao magistrado a possibilidade de sopesar entre os interesses confrontantes e selecionar qual deverá prevalecer de acordo com sua relevância no caso prático.

CAPÍTULO 3

3 - MODALIDADES DE PROVAS ILÍCITAS

3.1. Constituição Federal de 1988 e Lei 9.296/96

A nossa Carta Magna de 1988²², permitiu, no inciso XII do artigo 5.º, a violação do sigilo das comunicações telefônicas, desde que mediante autorização judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Dessa forma, ocorreu um celeuma acerca da recepção do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62) pelo Texto Constitucional, em virtude da falta de uma lei que regulamentasse esse dispositivo conforme foi explicitado.

No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal²³, decidiu a questão, posicionando-se pela não recepção do art. 57, II e, do Código Brasileiro de Telecomunicações, proibindo-se qualquer forma de interceptação telefônica, reputando de ilícitas eventuais ocorrências até edição de lei regulamentadora.

Então, durante vários anos, a falta de regulamentação legal contaminou as provas produzidas através de interceptações telefônicas, mesmo que houvesse autorização judicial, uma vez que não era legitimada.

A partir da promulgação da Lei n.º 9.296, em 24 de Julho de 1996, este problema foi sanado, regulamentando-se a parte final do artigo 5.º, XII, da Carta Magna..

Assim, a lei instituída determinou que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se, ainda, à interceptação do fluxo de comunicações de informática e telemática.²⁴

²² Art. 5º (...) XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

²³ STF, HC 69.912-0/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 30.06.93.

²⁴ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 75.

Desse modo, extinguiu-se qualquer tipo de discussão sobre a possibilidade ou não desse tipo de prova, amparando-a de licitude, uma vez realizada após a sua edição.

Embora tivesse por objetivo estabelecer as situações em que pode haver a interceptação de comunicações telefônicas, aplicando-se sanções àqueles que não agirem de acordo com suas disposições, limitou-se apenas a instituir as ocasiões em que não é permitido esse procedimento, atribuindo assim, à doutrina e jurisprudência sua interpretação.

No entanto, esta extensão acabou por gerar grande polêmica no que tange a sua constitucionalidade, uma vez que se deve interpretar de maneira restrita as normas de exceção.

Todavia, a citada lei não se limitou apenas a regulamentar as interceptações telefônicas, abrangendo a interceptação de comunicações de sistemas informática e telemática, nos termos do parágrafo único do seu artigo 1.º, demonstrando uma evolução legal diante dos avanços da tecnologia.

Assim, o fluxo das comunicações em sistema de informática e telemática, da forma em que está prevista, chocar-se-ia na exceção constitucional que somente possibilitou a interceptação das comunicações telefônicas, não incluindo neste rol o sigilo de dados.

Entretanto, grande parte dos doutrinadores pátrios defende a constitucionalidade desse dispositivo ao fundamento de que deve ser interpretado em termos mais amplos, abrangendo assim, quaisquer espécies de comunicação, seja via satélite, rádio, Internet, voz, etc.

Porém, entendemos que, diante do texto constitucional, só poderá existir a interceptação quando se tratar de comunicações telefônicas, ou seja, todas as que façam uso da telefonia, mesmo que de maneira indireta.

Ainda que a referida lei trate apenas das interceptações, a doutrina, para fins de imputar como ilícita a prova, construiu a seguinte classificação²⁵:

a) *interceptações telefônicas*: ocorre quando há captação da conversa por terceira pessoa, sem o conhecimento de quaisquer dos interlocutores (interceptação telefônica *stricto sensu*), ou com o consentimento de um deles (escuta telefônica).

b) *interceptações ambientais*: é a captação feita através de gravação efetuada por terceiro, dentro do ambiente em que se encontrem os interlocutores, sem o conhecimento destes (interceptação ambiental *strictu sensu*), ou com o conhecimento de algum ou alguns destes (escuta ambiental).

c) *gravações clandestinas*: praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa, podendo ser telefônica ou não, sem o conhecimento da outra parte..

Agora teceremos alguns comentários que nos darão uma visão geral de cada uma dessas formas de violação do sigilo das comunicações.

3.2. Interceptação Telefônica

Em sentido amplo, a interceptação telefônica ocorre sempre que um terceiro, estranho à transmissão, intervém e toma conhecimento do conteúdo que foi produzido.

Assim, a existência de uma terceira pessoa é circunstância necessária para que se configure a interceptação telefônica, ainda que esta seja conhecida por algum dos interlocutores.

Nesse sentido, Luiz Francisco Torquato Avolio²⁶, em sua brilhante obra:

O que importa, e também resulta essencial à noção de interceptação, além do fato de a operação ter sido realizada por alguém estranho à conversa, é que esse terceiro estivesse investido no intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas.

²⁵ CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 35

²⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 101.

Desse modo, deparamos-nos com duas variações do gênero interceptação telefônica, as quais podemos denominar de interceptação telefônica *stricto sensu* e escuta telefônica.

Assim, a diferença fundamental entre as duas está na consciência do fato por parte de algum dos interlocutores, pois, quando isto ocorre, estamos diante de uma escuta telefônica, visto que a interceptação telefônica *stricto sensu* prescinde que nenhum dos interlocutores saiba de sua existência.

No entanto, não existe qualquer distinção no que se refere à previsão legal, estando os dois institutos abrangidas pela lei, que utiliza a expressão *interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza*, contida no *caput* do artigo 1.º da Lei n.º9.296/96.

Com isso, quando respeitados os pressupostos e requisitos estabelecidos na lei, não há que se falar em ilicitude, sendo, portanto, dotadas de validade e devendo ser aceitas no processo, ainda mais que a própria lei estabeleceu em seu artigo 10, sanção penal àqueles que descumprirem os pressupostos legais.

Embora alguns doutrinadores entendam que a escuta telefônica não tenha sido disciplinada pela lei, não é o que nos parece mais correto, visto que, mesmo sendo conhecida por um dos interlocutores, não se perde a natureza da interceptação, uma vez que o único e necessário requisito feito é que haja a intervenção de terceira pessoa.

Não resta dúvida, portanto, que a única diferença existente entre ambas as modalidades de interceptação telefônica seria o conhecimento ou não de um dos interlocutores quanto à captação de sons exercida por um terceiro, fato este que não deixa de constituir violação ao sigilo em relação àquele que não foi cientificado da sua realização.

3.3. *Interceptação Ambiental*

Interceptação ambiental é toda a captação de conversa não-telefônica, feita por terceira pessoa, com a ciência por parte de um dos interlocutores (escuta ambiental), ou sem qualquer conhecimento dos participantes da conversa sobre gravação (interceptação ambiental *stricto sensu*).

Estamos diante da mesma situação discorrida anteriormente, havendo apenas a diferenciação básica do conhecimento ou não de algum dos participantes da interceptação.

Pressuposto importante para a caracterização da interceptação ambiental é a intenção de segredo por parte interlocutores, uma vez que se a conversa é mantida na presença de terceiros, não há o que se falar em violação do direito à intimidade.

A licitude da interceptação ambiental depende do ordenamento de cada país, no Brasil tal acontecimento sempre será imputado de ilícito, pois nossa Carta Maior não fez qualquer referência a tal hipótese, ocorrendo o mesmo com a lei 9.296/96.

Então, por total falta de regulamentação legal, a interceptação e a escuta ambiental não são admitidas como provas, mesmo quando autorizadas judicialmente, como pode ocorrer erroneamente, pois sempre violarão o direito à intimidade, ressalvados os casos configuradores de excludente de ilicitude e em benefício do réu.

3.4. *Gravação Clandestina*

Em uma acepção simples, gravação clandestina é a captação de uma conversa, via telefônica ou ambiental, por um dos participantes, sem o conhecimento do destinatário.

Dessa forma, diferencia-se basicamente da interceptação telefônica em virtude de não existir uma terceira pessoa, sendo realizada por um dos interlocutores.

Assim como as hipóteses anteriormente estudadas, divide-se em gravações clandestinas em sentido estrito, quando registram uma conversa via telefônica, e gravações

ambientais, nos casos em que é captada uma conversa entre presentes, por um de seus interlocutores, sem o conhecimento do outro.

As gravações clandestinas igualmente ao que ocorreu com as interceptações ambientais, não foram regulamentadas pela Lei n.9.296/96, tampouco mencionadas pela Constituição, portanto, são consideradas ilícitas sempre que realizadas, excetuando-se em favor do réu, amparado pelo direito à ampla defesa.

3.5. Comunicações em Sistemas de Informática e Telemática

Prevista no parágrafo único, do artigo 1º da Lei 9.296/96, a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática apresentou-se como uma extensão à exceção consagrada pelo artigo 5º, Inciso XII, de nossa Carta Magna.

Por isso tal abrangência recebeu muitos ataques, uma vez que, como muitos doutrinadores sustentam, as normas de exceção deverão receber interpretação restrita.

Assim, como o legislador constituinte se referiu claramente que somente poderão ser interceptadas as comunicações telefônicas, o sigilo dos dados permanecerá inviolável.

Dessa feita, para muitos a Constituição Federal fez referência apenas às comunicações estritamente telefônicas, não tendo a intenção de abranger as demais espécies.

Tal entendimento não parece prosperar, precipuamente no que tange a telemática, visto que se trata de uma comunicação de dados aliada a transmissão via telefone, ou seja, os dados são transmitidos via linha telefônica, podendo, com isso, deixar de ser incluída no rol de comunicações telefônicas.

Então, pode-se afirmar que a expressão *comunicações telefônicas* está relacionada com qualquer forma de comunicação que dependa, para sua transmissão, do uso da telefonia, uma vez que a via da comunicação telefônica não se restringe apenas à

comunicação da voz, abrangendo também a comunicação de dados, até mesmo por uma inovação tecnológica natural deste tipo de comunicação.

Porém, importante ponto a ser lembrado é que somente configura a interceptação em sistema de telemática, quando no momento de sua transmissão, pois após sua transmissão, esta deixa de ser comunicação, virando uma base de dados, inviolável perante nossa Carta Maior.

Já no que se refere à interceptação de sistema de informática, não parece ter sido feliz o legislador em tal extensão, pois não concebemos a relação direta com a comunicação telefônica, uma vez que abrange somente o processamento de dados.

Portanto, não existe comunicação telefônica, persistindo apenas comunicação de dados, que conforme mencionado anteriormente, é expressamente vedado por nossa Constituição, sendo, destarte, ilícita a prova colhida mediante interceptação de sistema de informática.

3.6. Sigilo de Bancos de Dados

A exceção constitucional do artigo 5º, Inciso XII, refere-se apenas às comunicações telefônicas, enquanto a Lei nº 9.296/96 disciplinou, dentre outras, a interceptação das comunicações de dados.

Não se confunde sigilo de dados, entendidos de forma estática, com as comunicações de dados, estas invioláveis, mesmo disciplinada pela lei referida anteriormente, analisando-se restritamente a exceção constitucional.

Já a quebra do sigilo de bancos de dados estagnados pode ocorrer, desde que autorizada judicialmente e nos casos previstos em lei, utilizando-se para tanto, do princípio da proporcionalidade.

Então, pode-se obter acesso às informações que posteriormente ficarem armazenadas, através de uma ponderação entre os interesses juridicamente protegidos, para predominar o mais relevante no caso concreto.

Importante variação do sigilo de dados é o sigilo bancário, disciplinado pela Lei n.º 4.595/64 – Lei de Reforma Bancária, que dispõe, dentre outras coisas, que deverão ser mantidos em segredo as operações ativas e passivas de seus clientes, assim como os serviços prestados, cominada pena de reclusão de 1 a 4 anos à quem violar tal obrigação.²⁷

Contudo, o artigo 38 da mesma Lei²⁸, permitiu a quebra do sigilo bancário, mediante decisão judicial, uma vez que, por fazer parte da privacidade garantida constitucionalmente, trata-se de um direito relativo, que pode ser suavizado através de previsão legal.

²⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 227.

²⁸ Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18/03/1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Ressalta-se que a ordem judicial deverá ser dirigida ao Banco Central e instituições financeiras, para que estas prestem informações ou mostrem documentos, o que será feito de forma sigilosa, somente tendo conhecimento as partes envolvidas e, ainda assim, desde que o seja para os fins específicos da causa.²⁹

No que tange ao sigilo dos dados das ligações telefônicas, entendemos que não obedece às disposições relativas às interceptações telefônicas, pois se trata de conteúdo pertencente à intimidade, vez que não estaríamos diante de uma violação à uma conversa em andamento.

Portanto, existindo previsão legal e autorização judicial, para que sejam respeitados as liberdades individuais e o devido processo legal, os dados das contas telefônicas podem ser acessados e admitidos como prova no processo. Várias são as previsões legais para quebra do sigilo dos dados das ligações telefônicas, assim como o artigo 399 do Código de Processo Civil, o artigo 198 do Código Tributário Nacional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 1993) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 1993).³⁰

3.7. Sigilo de Correspondência

Da mesma forma que os dados, a correspondência tem seu sigilo garantido pelo inciso XII do artigo 5.º, de nossa Carta Magna, sendo inviolável, somente podendo ser violado se houver autorização judicial, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, para dar predominância de um direito maior a ser tutelado.

Assim, quando houver justa causa, como o estado de necessidade, o exercício regular de direito e a legítima defesa, com fulcro no artigo 23, III, do Código Penal, persistirá a excludente de ilicitude, não contaminando de ilicitude a prova colhida.

²⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 227.

³⁰ Id. Ibid., p. 229.

O mesmo ocorre nos casos em que a quebra do sigilo de correspondência beneficia o réu, pois o direito que está em jogo, a liberdade, assume uma proporção bem maior, com muito mais relevância do que o direito à intimidade a ser resguardado.

O Supremo Tribunal Federal legitimou a conduta de abrir todas as correspondências destinadas aos presidiários, tomando-se a necessidade de segurança da sociedade como interesse mais importante que a intimidade dos presos, sendo, portanto, uma justa causa.

Destarte, o direito ao sigilo de correspondência, integrante da intimidade garantida por nossa Constituição, deverá, quando necessário, ceder perante outros direitos mais relevantes no caso concreto.

3.8. Inviolabilidade de Domicílio

A Constituição Federal de 1988 consagrou a inviolabilidade de domicílio no inciso XI do artigo 5º, *in verbis*:

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Então, percebe-se que no próprio texto do dispositivo, o legislador consagrou que a inviolabilidade do domicílio não é absoluta, podendo ser quebrada em situações expressamente previstas: flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou, ainda, durante o dia, por determinação judicial.

O termo domicílio, para o legislador, tem maior abrangência, não sendo somente a residência, assim como a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, englobando, também, todo local, delimitado e separado, que alguém ocupe exclusivamente, ainda que com fins profissionais, visto que nessa relação entre pessoa e espaço, procura-se resguardar a vida privada do indivíduo.³¹

³¹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 71

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal³² está consolidado no sentido de considerar como ilícitas as provas colhidas com violação de domicílio. Senão vejamos:

Inadmissibilidade, como prova, de laudos de gravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a de gravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).

O dispositivo constitucional relativo à inviolabilidade do domicílio, diz respeito ao horário diurno e noturno, que deverá ser respeitado pelo aplicador da lei. Assim, a autorização judicial para invasão de domicílio somente é considerada válida durante o dia, caso contrário, será tida como ilícita e conseqüentemente inadmissível no processo.

Ressalta-se, novamente, que não devemos ter as liberdades individuais e demais direitos consagrados constitucionalmente, como absolutos, devendo sempre um ceder diante do outro, quando este se mostrar mais relevante no caso concreto.

³² STF, AP 307-3/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 13.12.94

CONCLUSÃO

Ante o exposto neste trabalho, chegamos a diversas conclusões, as quais explicitarei adiante.

A prova é o instrumento empregado para demonstrar ao julgador a veracidade dos fatos, com a intenção de formar-lhe sua consciência para que fundamente e direcione a sua decisão, ou seja, é o meio necessário a que as partes litigantes em juízo possam fazer prevalecer as suas pretensões.

Faz parte, portanto, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo um direito de suma importância assegurado por nossa Carta Magna, mormente no âmbito processual penal, onde os direitos pleiteados são de grande valia, com o objetivo fundamental de encontrar a verdade real dos fatos.

No entanto, assim como os demais direitos constitucionais, não se pode conceber de maneira absoluta a busca pela verdade real, para que, na tentativa de obtenção de provas, não acabe transpassando sobre outros direitos igualmente consagrados.

Então é que surge a preocupação em estabelecer limitações à atividade probatória, momento em que nos deparamos com as provas proibidas, que englobam as ilícitas, violadoras de normas de direito material, e as ilegítimas, quando a violação ocorre na esfera processual.

Com a expressa previsão constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, entendemos claramente a intenção do legislador em resguardar os direitos individuais do ser humano, não permitindo que sua intimidade seja violada de maneira contrária ao ordenamento jurídico.

Com isso, objetiva-se proporcionar um ambiente de segurança social, através da confiança de que existirá previsão legal para orientar as ações do Estado, assim como ocorre com os indivíduos, proporcionando, dessa forma, a harmonia social para a sociedade.

Assim, a prova declarada como ilícita deverá ser desentranhada do processo, perdendo completamente sua eficácia e não podendo ser utilizada para formar o convencimento do julgador, sob pena de total nulidade da decisão proferida.

No entanto, esta garantia consagrada por nossa Lei Fundamental não pode servir como uma manta protetora aos que praticam crimes, pois estaria sendo deturpada a intenção do legislador constituinte, motivo pelo qual emerge o princípio da proporcionalidade, originária do Direito Germânico.

Tal princípio possui o escopo de harmonizar os direitos e garantias constitucionais, visto que nenhum pode ser tomado em sentido absoluto, utilizando-se de um método comparativo, para, sopesando os interesses conflitantes no caso concreto, decidir qual é bem jurídico mais relevante para preponderar em detrimento do outro.

Diante disso é que, em determinadas situações, as provas obtidas ilicitamente podem ser aceitas no processo, não se tratando de desacatamento às garantias constitucionais, mas sim como uma forma de possibilitar a convivência pacífica de seus princípios, os quais, quando se confrontam no caso concreto, devem ser analisados sistematicamente perante o texto constitucional, para decidir-se qual cederá em virtude de interesse de maior importância.

Diante de todo o exposto, verifica-se que não podemos falar em direitos e liberdades constitucionais absolutos, sendo necessária a utilização de uma análise sistemática dos preceitos constitucionais, a fim de tornar perfeitamente possível a utilização de uma prova ilícita ou de sua derivação em casos excepcionais e grave, haja vista a relatividade das normas constitucionais e o fato desta não poder salvaguardar práticas ilícitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. *

BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). *Dos delitos e das penas*. Trad. Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1993. ,

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 05 de outubro de 1988. 5. ed. Atual. e Ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. .

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2001. *

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997..

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assad. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1999.

FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à Intimidade e a Prova Ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. *

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica: lei 9.296/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. V. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001. •

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. •

SILVA, César Dario Mariano da. *Das Provas Obtidas por Meios Ilícitos e seus Reflexos no Âmbito do Direito Processual Penal*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. •

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. vol. III. •



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

ARMANDO RIBEIRO DE SOUSA

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL**

SOUSA - PB

2003

ARMANDO RIBEIRO DE SOUSA

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientador:

SOUSA - PB

2003