



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

HERBETH ARAUJO DE OLIVEIRA

PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE

SOUSA - PB
2004

HERBETH ARAUJO DE OLIVEIRA

PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE

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: Professor Lúcio Mendes Cavalcante.

SOUSA - PB
2004

HERBETH ARAUJO DE OLIVEIRA

PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE

BANCA EXAMINADORA

Professor Lúcio Mendes Cavalcante (Orientador)

Prof.

Prof.

Sousa-PB
dezembro/2004

Dedico

Aos meus pais Jessé Gois de Oliveira e Maria Lizete Araujo de Oliveira, ao meu irmão Herbeson e familiares, pelo constante apoio, carinho e paciência.

Agradecimentos

Primeiramente a Deus, ao meu Orientador Dr. Lúcio Mendes Cavalcante e Co-Orientador Dr. Anrâfel de Medeiros Lustosa, e a todos que de forma direta ou indireta presentearam-me com o estímulo necessário à produção deste trabalho que ora apresento.

É melhor tentar, ainda que em
vão, que sentar-se fazendo
nada até o final.

É melhor tentar e falhar que
preocupar-se em ver a vida
passar.

Martin Luther King

RESUMO

Através da presente Monografia científica, abordar-se-á o disposto a primeira questão que se coloca quanto a possibilidade da utilização, no processo, de provas obtidas ilicitamente, em virtude do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que atine a Constituição Federal de 1988, que veda expressamente a utilização processual desse tipo de prova, em seu artigo 5º, inciso LVI. Assim sendo, em princípio, cumpre analisar a aplicabilidade do dispositivo constitucional, buscando a exata noção do que sejam provas obtidas ilicitamente, para, em seguida, abstrair se é possível a aplicação da “teoria da proporcionalidade” integrada a outros princípios norteadores do ordenamento jurídico nacional, bem como o princípio do contraditório, o princípio do verdade real, entre outros, que irão servir de sustentáculo para discussão do tema, juntamente com a relatividade dos direitos e garantias fundamentais, diante das circunstâncias que apresentar o caso concreto. O tema proposto, assim, encontra relevância sob dois enfoques principais: o primeiro, no que tange ao estudo da sistematização do direito probatório como um todo e o segundo revela-se pela busca do limite entre valores constitucionalmente previstos, tendo de um lado a busca das finalidades do processo, em prol do realização da justiça, procurando a apropriada chave da verdade perquerida, e, de outro a garantia dos direitos individuais e coletivos, tais como o direito a intimidade. De grande importância também são as considerações sobre a Lei nº 9.296/96, que regula as interceptações telefônicas em nível de lei infraconstitucional. Ao lado dessas considerações, outras se fazem necessárias, como as provas ilícitas por derivação, a possibilidade de utilização da prova emprestada e da violação de correspondência em prol do princípio “*pro societate*”.

Palavras-chaves: provas ilícitas, admissibilidade, principio da proporcionalidade e garantias fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 ABORDAGEM CONCEITUAL DA PROVA.....	12
1.1. Conceito e finalidade.....	12
1.1.1. Classificação das provas.....	13
1.1.2. Meios de prova.....	15
1.2. O princípio do contraditório.....	15
1.3. O direito à prova no processo penal e suas limitações.....	16
1.4. O dogma da verdade real.....	18
CAPÍTULO 2 AS PROVAS ILÍCITAS.....	21
2.1. Diferença entre prova ilícita e prova ilegítima.....	21
2.1.1. A questão da admissibilidade.....	22
2.1.2. A prova emprestada.....	24
2.2. A teoria da proporcionalidade.....	25
2.2.1. A prova ilícita <i>pro reo</i> e a prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado.....	28
2.2.2. As provas ilícitas por derivação.....	31
CAPÍTULO 3 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.....	35
3.1. Conceito	35

3.2. A Lei nº 9.296/96 e as interceptações telefônicas.....	35
3.2.1. Da criação do tipo penal incriminador.....	40
3.2.2. Da constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º.....	41
3.3. Gravações clandestinas e seu balizamento na jurisprudência brasileira atual.....	43
CAPÍTULO 4 O SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS E SUA INVIOABILIDADE.....	46
4.1. Generalidades.....	46
4.2. Violação de correspondência e a teoria da proporcionalidade.....	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a vedação expressa de utilização processual das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), sendo princípio embasador de todos os momentos processuais e préprocessuais de busca da prova, inclusive no que tange ao exercício da atividade de investigação policial.

Serão estudados os principais aspectos da prova obtida ilicitamente, sempre amparando-se na legislação, jurisprudência e doutrina pertinentes, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e do método histórico como meio de obtenção dos resultados perquiridos.

O principal objetivo levantado neste estudo é examinar se as provas ilícitas devem ou não ser descartadas da apreciação do jurista sem antes ser feito um juízo de valor acerca da possibilidade de seu uso, mesmo em se tratando de uma prova obtida ilicitamente.

A primeira questão que se coloca é a da possibilidade da utilização, no processo, de provas dessa natureza, em prol da segurança jurídica e do resguardo de outros valores constitucionalmente relevantes e previstos, tais como a proteção à liberdade e privacidade do indivíduo.

Em princípio, para enveredar uma solução para a problemática levantada, serão apresentados vários aspectos acerca das provas, dentre eles a abordagem conceitual, finalidades, classificações, e uma demonstração preliminar sobre os princípios que nortearão a maneira de utilização das provas, proporcionando uma idéia geral sobre o objeto em estudo.

As provas ilícitas propriamente ditas serão tratadas no segundo capítulo, versando sobre as principais hipóteses de admissibilidade daquelas, primando por uma análise mais aprofundada do princípio da proporcionalidade, confrontando com posicionamentos das provas ilícitas *pro reu*, e as provas obtidas ilicitamente em desfavor do mesmo, além de versar sobre a possibilidade das provas ilícitas por derivação. Ainda no mesmo capítulo, será feito o estudo acerca das provas ilícitas e as provas ilegítimas utilizadas no processo apontado suas principais diferenças e origens.

Em seguida, nos capítulos que se sucedem serão destacados alguns aspectos das interceptações telefônicas e gravações clandestinas, em face da disposição constitucional e da Lei nº 9.296/96, e ainda o celeuma em torno da inviolabilidade epistolar. Tratam-se de hipóteses, que serão conceituadas, analisadas, diferenciadas e discutidas, quanto a possibilidade de sua admissibilidade ao logo do desenvolvimento do trabalho.

Todas as hipóteses mencionadas serão discutidas diante das garantias fundamentais postuladas pela Constituição Federal de 1988, tendo como parâmetro o direito a intimidade em confronto com o princípio da verdade real e o princípio da proporcionalidade.

Será examinado o caráter absoluto e relativo que as normas constitucionais fundamentais apresentam frente aos avanços do direito moderno, para o alcance da Justiça, principal finalidade, pretendida pelo direito.

Muito embora, diante da clareza do comando normativo da Constituição Federal, vedando genérica e irrestritamente a utilização da prova obtida por meio ilícito no processo, a questão ainda encontra-se longe de navegar em águas calmas,

revelando-se desafiadoras as conclusões a serem tecidas antecipadamente, diante da complexidade do tema tratado.

CAPÍTULO 1 ABORDAGEM CONCEITUAL DA PROVA

1.1 Conceito e finalidade

Prova é todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

A palavra prova vem do latim "*probatio*", tendo significado de verificação, exame, derivando do verbo "*probare*", que significa persuadir alguém no que atine à alguma coisa, demonstrar algo. É através dela que as partes tentarão demonstrar ao juízo a ocorrência de um fato, e, excepcionalmente, o direito, quando invocado direito federal, estadual, municipal, consuetudinário ou estrangeiro.

Amaral Santos (1997, p. 327), profundo conhecedor e estudioso do assunto, sobre a prova disse que "provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa". Prossegue o renomado mestre afirmando com bastante propriedade que:

Quem se propõe a provar terá que se valer de meios adequados, que variam conforme o objeto da prova. Outrossim, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objetivo e, até mesmo, conforme o destinatário da prova. Diversos são os meios de prova da eficácia de um produto farmacêutico e o de conseqüências de um fato histórico; e diversos serão os métodos a adotar-se, conforme o destinatário da prova seja o próprio agente ou terceiros.

É importante frisar que as partes devem tentar provar ao juiz a sua verdade, já que a verdade absoluta nunca é alcançada. Ensina Greco Filho (1993, p. 174):

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja

convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado.

A principal finalidade da prova no direito processual penal é dirigir o poder-dever do Estado ao combate das transgressões à ordem pública, elencadas na lei penal, de modo a aplicar as sanções cabíveis e compor os conflitos existentes.

Em resumo, a prova será suficiente para a condenação quando reduzir ao máximo a margem de erro, levando o juiz a concluir pela certeza revestida por confortadora probabilidade de exatidão.

A produção probatória deverá balizar-se de acórdio com o ordenamento jurídico vigente, para que se possa ser aceita como válida, em toda sua plenitude, para provar algo de interesse das partes. Cabe, portanto, ao judiciário dizer se a prova é apta, ou não, a demonstrar um fato histórico ocorrido.

Destarte, não é qualquer prova que poderá ser levada ao crivo do judiciário, porém, apenas as que não sejam vedadas pela Constituição Federal ou Legislação Ordinária.

1.1.1 Classificação das provas

Existem inúmeras classificações da prova, uma delas podendo ser quanto ao objeto, que é aquele fato a ser demonstrado, deduzindo-se da fonte e introduzindo-se no processo por meio de prova, dividindo-se em direta ou indireta. A primeira refere-se direta e imediatamente ao fato que necessita ser provado (objeto da prova), enquanto a segunda está relacionada como outros fatos conhecidos (índicos), que, se somados, poderão demonstrar a ocorrência de um fato histórico e jurídico.

Assim salienta Grinover (1996, p. 118):

Para a prova de certos fatos, o legislador exige apenas um juízo de verossimilhança e, para outros, que a prova seja convincente *prima facie*. Para a condenação penal, por exemplo, é necessário um elevado grau de certeza sobre a prova do fato e da autoria; havendo dúvidas, o juiz deverá absolver por insuficiência de provas (art. 386, VI, do CPP). Já para a decretação da prisão preventiva, deverá haver prova (plena) da existência do fato e indícios suficientes de autoria (art. 312, do CPP). Indicam a necessidade de prova plena expressões legais como fundadas razões, manifestamente infundada etc.

Em razão de seu valor a prova pode ser plena ou não plena. A primeira trata-se de prova convincente ou necessária para a formação de um juízo de certeza no julgador, por exemplo, a exigida para a condenação, quando a prova se mostrar inverossímil, prevalecerá o princípio do *in dubio pro reo*. A segunda refere-se a não plena ou indiciária, trata-se aqui de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio do *in dubio pro societate*.

Relativamente ao sujeito ou causa pode ser real, que são aquelas provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex. o lugar, o cadáver etc.), ou pessoal que são aquelas que encontram sua origem na pessoa humana, consistentes em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe, por exemplo, os interrogatórios, os depoimentos etc.

Quanto a forma ou aparência pode se dividir em testemunhal, resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos de seu conhecimento pertinentes ao litígio; documental aquela produzida por meio de

documentos e material, obtida por meio químico, físico ou biológico, por exemplo, exames, vistorias, corpo de delito etc.

1.1.1 Meios de prova

Enquanto a prova visa convencer o espírito do julgador a respeito da ocorrência de determinado fato, os meios de prova são os recursos diretos ou indiretos utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo, ou seja, são os métodos pelos quais as informações sobre fatos (provas) são introduzidas no processo. São, assim, exemplos de meios de prova: depoimentos, perícias, reconhecimentos, interrogatórios etc.

➤ O elenco discriminado na lei não é taxativo, uma vez que o legislador nunca descreveu todas as provas existentes. De tal sorte, vigora no processo penal o princípio da verdade real, o qual não há que se justificar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. De modo que todos os meios de prova existentes são aptos a demonstrar a ocorrência de algum fato, desde que legais ou morais.

1.2 O princípio do contraditório

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas eqüidistante delas. O princípio do contraditório, assim, corresponde ao princípio da igualdade das partes dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir, em fim, no convencimento do juiz. Mas, não se trata de mera igualdade formal, esta é entendida modernamente no seu

sentido substancial, ou seja, como princípio de equilíbrio de situações, ou paridade das partes, que se revelam recíprocas entre si, da mesma forma que se colocam, no processo penal, as atividades dos órgãos de acusação e defesa.

O contraditório é a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, e a possibilidade de contrariá-los. Ele se desdobra desde a fase citatória, prosseguindo ao longo do processo com as intimações.

As doutrinas alemã e italiana salientaram um importante aspecto do contraditório, enquanto princípio de participação, o qual caracteriza-se pelo fato de que o objetivo primordial da garantia não é só a defesa, em sentido negativo, de oposição ou resistência, mas sim "influência", no sentido de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo.

1.3 O direito à prova no processo penal e suas limitações

A instrução probatória é o momento mais importante do processo, de modo que, para dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, torna-se indispensável assegurar às partes o direito de produzir provas, com a finalidade de demonstrar a procedência da acusação ou da defesa.

A Constituição Federal de 1988 assegura a todas as pessoas o direito de ir a juízo e apontar violações ou ameaças a seus direitos. Com efeito, diz o art. 5º, XXXV, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito".

Entende-se tal dispositivo, na medida em que o Estado, no momento em que vedou a tutela de mão própria, chamou para si a responsabilidade pela resolução dos litígios ocorridos em seu seio. Conferiu, assim, às pessoas o direito de ir até ao juiz natural e declinar as razões que lhe embasam o pedido de reconhecimento e oferta de direito. Ao Estado, através de petição, dirigindo-se ao poder público, surge um direito subjetivo à sentença que avalia a relação processual posta. Embora não haja de per si uma sentença favorável, no entanto, há um direito subjetivo assegurado, constante na garantia da apreciação.

Todavia, deve-se ter em mente que o direito que brota do texto constitucional, neste não se encerra. Com razão, de nada adiantaria que aos litigantes fosse assegurado o direito de ir à juízo, se, da mesma forma, não houvesse efetiva possibilidade de comprovar as alegações deduzidas e, assim, auxiliar no convencimento judicial. Os litigantes, em processo judicial, necessitam de meios para certificar os direitos de que se afirmam titulares. Do contrário, a garantia de petição seria apenas mais um direito meramente formal, encontrado em texto e sem nenhuma utilidade social.

Nessa linha de pensamento, o direito à produção de provas úteis ao deslinde da causa tem origem no próprio direito de ação e no de ampla defesa. No momento em que a própria Constituição afirma que nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada do controle do poder judiciário, ela, ao mesmo tempo, assegura às pessoas meios para que possam, de maneira eficaz, trazer suas razões e prová-las perante o juízo competente. Eis o alcance do princípio da inafastabilidade, o qual encontra como corolário lógico, em seu seio, o direito à prova, seu irmão gêmeo. Uma parte tem o direito de provar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que à outra é

assegurada a apresentação do material visando destruir os argumentos que dão suporte à causa ou criar exceções.

Disso conclui-se que, como regra, podem as partes provar todos os fatos que lhes possam ser úteis. Todavia, há exceções, criadas justamente para garantir a sobrevivência do sistema jurídico, o qual encontra nascedouro na inarredável garantia constitucional da dignidade da pessoa humana e no princípio da boa-fé nas relações intersubjetivas.

No Código de Processo Penal, vislumbram-se, dentre outras, as seguintes limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova, art. 155, que manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, morte e parentesco são situações que somente se provam mediante as respectivas certidões); o art. 158, que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios (não transeuntes), não admitindo que seja suprido pela confissão do acusado; o art. 475, vedando, durante os debates em plenário, a produção ou leitura de qualquer documento, ainda que essencial, se não houver sido cientificado à parte contrária com, no mínimo, três dias de antecedência; e a inadmissibilidade das provas por meios ilícitos (art. 5, LVI, CF).

→ 1.4 O dogma da verdade real

O princípio da verdade real que também se denomina de verdade material, como originariamente concebido, diz respeito ao poder-dever inquisitivo do juízo penal, o qual necessita investigar os fatos como se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos.

Sobre o aspecto terminológico, sustenta a doutrina tradicional uma distinção calcada na adequação da verdade à realidade dos fatos, que no processo penal corresponderia à verdade pura e simples, enquanto no processo civil se chegaria a reputar provados fatos incertos, simplesmente porque ambas as partes assim o admitiram. No entanto, a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, e em qualquer processo a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos. O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos e à subsunção desses nas categorias adequadas. Assimular-se, pois, a verdade absoluta e a verdade formal à certeza relativa seria um erro sob o ponto de vista da técnica da pesquisa da verdade, que é extremamente influenciada por regras éticas.

A moderna doutrina processual entende que o juiz deve investigar a verdade material, não se contentando apenas com os fatos que a acusação e a defesa submetem a sua consideração, mas admite limites a essa atividade, visto que o direito não deve ser realizado a qualquer preço.

Destarte, os homens, embora possuam direitos de índole constitucional à prova (direito de ação, ampla defesa e contraditório), tais direitos têm de conviver harmonicamente com outros direitos também de ordem constitucional, de modo que nenhum deles sejam irregularmente exercidos e venham a colocar em risco a ordem pública e direitos de outrem.

Todavia, mesmo sendo necessário chegar à verdade real dos fatos no âmbito do processo penal, não se pode sacrificar direitos e garantias constitucionais para que seja alcançado o fim almejado, por isso as limitações previstas na Constituição e

no próprio Código de Processo Penal devem ser observadas, sob pena de ser ferido o próprio regime democrático de direito.

Ao analisar o tema Espínola Filho (1995, p. 453), assim se pronunciou:

Como resultado da inadmissibilidade de limitações dos meios de prova, utilizáveis nos processos criminais, é levada à conclusão de que, para recorrer a qualquer expediente, reputado capaz de dar conhecimento da verdade, não é preciso que seja um meio de prova previsto, ou autorizado pela lei, basta que não seja expressamente proibido, se não se mostrar incompatível com o sistema geral do direito positivo, não repugne à moralidade pública e aos sentimentos da humanidade, piedade e decoro, nem acarrete a perspectiva de um dano, ou abalo sério, à saúde física ou mental das pessoas, que sejam chamadas a intervir na diligência.

Por outro lado, não deve ser esquecido que não existem direitos ou garantias constitucionais absolutas. É possível, respeitados certos parâmetros, o sacrifício de um direito legítimo em prol de outro da mesma ou superior magnitude.

CAPÍTULO 2 DAS PROVAS ILÍCITAS

2.1 Diferença entre prova ilícita e prova ilegítima

O constituinte brasileiro inseriu no art. 5, inciso LVI, o seguinte enunciado: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Nesse sentido, as provas ilícitas são colocadas como espécie de prova vedada, que compreendem as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas.

A ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, encontramos alguns dispositivos da lei processual penal que contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207, CPP); ou recusa de depoimentos por parte de parentes e afins (art. 206, CPP). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual.

Diversamente, por prova ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, porque a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados não só os direitos e garantias fundamentais atinentes à intimidade, à liberdade, e à dignidade humana, como também de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência, entre outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias.

Outra diferença é que enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este. Sobre o assunto, diz Mirabete (1995, p. 218) que:

Pode-se afirmar, assim, que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual penal, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.

Dessa forma, se uma prova violar norma de direito processual será considerada ilegítima, violando norma de direito material ou constitucional, a prova será classificada como ilícita.

Todavia, para efeito de invalidade, pouco importa se a violação é de ordem material ou processual. Dizem Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (1996, p. 113):

Ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual para a ilicitude material.

Assim, como observam os mestres, sendo a prova considerada ilícita, também será processualmente ilegítima e não poderá ser empregada no processo.

2.1.1 A questão da admissibilidade

A inadmissibilidade de uma prova impede que ela seja juntada aos autos, sendo o juiz o responsável por essa fiscalização, que é feita por ocasião do pedido

de desentranhamento. Verificando que a prova é inadmissível, o magistrado não pode permitir que ela adentre aos autos.

Numa fase preambular, onde o tema das provas ilícitas começou a despertar o interesse dos juristas, o condicionamento aos dogmas do "livre convencimento" e da "verdade real", fazia com que um eventual balanceamento de interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.

Havia uma devoção extremada ao princípio da verdade real, que colocava a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentavam os que partilhavam pela admissibilidade das provas ilícitas, que prescindir de provas formalmente corretas pela tão só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo. Os adeptos dessa teoria postulavam eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis.

Na evolução dos diversos ordenamentos jurídicos, essa visão privatística dos direitos e das provas foi deixada de lado como expressão da ordem de valores. De modo, que hoje os doutrinadores vêem nos fundamentos em prol da admissibilidade das provas ilícitas, um exacerbado apego ao princípio da verdade real, e, paralelamente, uma incipiente consciência dos valores atinentes às liberdades públicas.

O legislador constituinte brasileiro, devido ao regime que governou o país por duas décadas, guardou indisfarçável receio dos métodos utilizados na obtenção de provas durante o referido período. Temendo novas violações, através do comando constitucional, ou seja, pela proibição da utilização de provas ilícitas no processo,

buscou o legislador colocar freios aos impulsos arbitrários contra a pessoa humana e os direitos individuais.

É pacífico que a violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato. Sendo a prova nula, não poderá produzir nenhum efeito. Ora, se a sanção para a violação de uma norma constitucional é a declaração de nulidade do ato processual, a utilização de uma prova obtida através de meio ilícito levaria necessariamente à nulidade absoluta desse ato. Assim, se foi prolatada uma sentença que se utilizou a prova inadmissível em sua motivação, essa sentença seria nula. Porém, há o entendimento de que a prova inadmissível nem sequer é prova, é uma não-prova. De tal sorte, percebe-se que a sentença não seria nula, mas inexistente.

concl A questão da admissibilidade das provas obtidas ilicitamente é extremamente polêmica, mas a melhor doutrina entende que banir todo e qualquer tipo de prova obtida por meios ilícitos não é a melhor solução, esclarecendo que tal posição não poderia ser aplicada ao extremo, sob pena do Magistrado frustrar os ideais de justiça, inclusive podendo causar um dano maior do que a sua aceitação.

2.1.2 A prova emprestada

Prova emprestada é aquela que obtida ilicitamente para servir de embasamento à condenação criminal, pode ser trasladada (ou emprestada) ao processo civil, desde que a parte contra qual for ser produzida tenha participado do processo penal onde originou a prova emprestada, tendo em vista o respeito ao princípio do contraditório.

Salienta-se, portanto, que apenas as provas lícitas podem ser transladadas, afastando-se peremptoriamente as ilícitas, pois antes de ser uma questão formal, a prova ilícita é uma transcendente questão de direito político, à qual se vincula a sorte de indisponíveis garantias do indivíduo e que por assim dizer estão acima do poder dispositivo do direito processual.

Pelo exposto, conclui-se pela inadmissibilidade do uso de prova ilicitamente obtida como prova emprestada, impedindo-se-lhe, até mesmo, se houvesse remota possibilidade, eventual ratificação no juízo cível. Todavia, na origem, a prova já era materialmente ilícita, afastando-se sua utilização processual pelo artigo. 5º, LVI, da Constituição Federal.

2.2 A teoria da proporcionalidade – Conceito e evolução

Entende-se por esse princípio que na interpretação de determinada lei ou da Constituição Federal, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, preferindo-se o interesse ou o direito mais importante, de modo a dar-se a solução concreta mais justa.

Na Antiguidade Clássica encontra-se a matriz do pensamento encerrado no princípio da proporcionalidade. Concebia-se o Direito como algo que deve-se revestir de uma utilidade, na qual viam os gregos sua *última ratio*. Entre os juristas romanos também era muito difundida a justificação do direito pela sua utilidade.

Igualmente, no campo da moral, tinham os antigos gregos a idéia retora de seu comportamento baseada na proporcionalidade, do equilibriu harmônico. A ética aristotélica formalizou essas noções através do conceito de “justiça distributiva”, que

impõe a divisão de encargos e recompensas como decorrência da posição ocupada pelo sujeito na comunidade (seu status), bem como por serviços que tenha prestado.

A partir do século XVIII, com maior intensidade no século XIX, passou a guardar relação com as limitações administrativas da liberdade individual, sendo então acolhida pela Teoria do Estado. Foi especialmente, no campo do Direito Administrativo que o termo “proporcional”, empregado por Von Berg em 1802, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em virtude do então denominado “Direito de Polícia” ganhou expressão.

Esse princípio, como é concebido hoje, nasceu no direito americano, onde é conhecido como princípio da razoabilidade, mas atingiu seu ápice no direito alemão, onde é usada a denominação aqui empregada. Além da denominação diversa, o direito americano e o alemão dão a esse princípio fundamento distinto, no qual este funda-se no estado democrático de direito, e aquele, no devido processo legal.

Sobre o assunto se posicionou Grinover (1996, p. 115):

A teoria, hoje dominante da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do crédito da proporcionalidade, pelo qual os Tribunais da Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido as provas ilícitas, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Pela teoria ou princípio da proporcionalidade as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. De tal sorte, não se faz possível a ocorrência de conflitos insolúveis entre valores constitucionais. Assim, o princípio da proporcionalidade é invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para saber qual deverá preponderar em

determinado caso concreto. Sempre será possível, portanto, o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional, quando houver preponderância de um deles.

Como efeito, não há como reconhecer direitos absolutos e intocáveis, o que certamente levaria ao caos, não somente jurídico, mas também social. Todo direito, por mais importante que seja, encontra limites em outros direitos de igual ou superior valia. Mesmo o direito à vida, que é o maior, consagrado em nossa Constituição Federal, cede em face do mesmo direito. Dada a grandeza da observação feita, o Código Penal, em seu art. 23, enumera algumas excludentes da antijuridicidade, que poderão autorizar que a vida seja ceifada, quando presentes alguns requisitos elencados no próprio código. /

Destarte, em nosso ordenamento jurídico nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias.

De outra face, deve haver um limite de aplicação da teoria da proporcionalidade, em se levando em conta a sua admissibilidade no sistema pátrio, sob pena de infringir-se o próprio princípio constitucional vedatório de uso processual das provas ilicitamente obtidas.

O resumo das preocupações referentes à aplicação da teoria da proporcionalidade vem assim descrito por Avólio (1995, p. 65):

A teoria encerra um subjetivismo incerto, que já defluiu da impossibilidade de enunciação dos elementos essenciais, interesses e valores, num plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstra as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas.

Aqueles que vêm no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso, para uma satisfatória sistematização das vedações

probatórias, temem que os juízes venham a orientar-se, somente, com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano global geral, mas a *contrário sensu*, não se deve esquecer que se trata de uma regra de exclusão que não prescinde da existência de um critério geral.

Em suma, não se pode dizer que a regra contida no art. 5º, LVI, CF, que prevê a vedação da utilização da prova obtida por meios ilícitos, seja absoluta. Ela deve ser entendida com temperamento e, sob circunstâncias excepcionais, deve ceder, em homenagem à própria sobrevivência do sistema jurídico nacional. Assim, parece evidente que para a perfeição desse comando, deve-se confiar nos magistrados, a fim de que esses não cometam atos de puro arbítrio, o qual é justamente combatido pelo princípio da proporcionalidade. As decisões, nessa medida, deverão ser cautelosamente fundamentadas, expondo todos os motivos que influenciem o convencimento pela aceitação da prova *prima facie* proibida, aos fins de prestigiar o Estado de Direito. A segurança jurídica, então, brotará da uniformização da jurisprudência, mediante a elaboração de critérios objetivos e abstratos para análise e valoração da aludida prova.

2.2.1 A prova ilícita pro reo e a prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também é garantida constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei*, que é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.

Neste caso, quando o réu obtém a prova de modo ilícito, entende-se que há o confronto do princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa do réu, devendo prevalecer este. Até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa.

Depois da vida, a liberdade é o bem mais importante que o homem possui. A liberdade é protegida pela Constituição Federal através de vários dispositivos. Podemos destacar, entre outros, o princípio do devido processo legal, que já engloba o do contraditório e da ampla defesa, o da presunção de inocência, o da legalidade etc.

Dessa forma, fica claro que esses princípios e remédios constitucionais se sobrepõem à norma constitucional que proíbe a utilização de prova ilícita, caso esta seja usada em favor do acusado.

Assim sendo, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual.

Além desses argumentos jurídicos, outro motivo lógico é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal, quando é possível demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente.

No tocante à utilização da prova ilícita pela acusação, quase toda a doutrina manifesta-se contrariamente, porém deve haver uma certa ponderação neste caso, pois a vedação da utilização da prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado é norma constitucional, não havendo dúvida quanto a isso, mas o direito à segurança,

à liberdade, propriedade e saúde são também normas constitucionais. Assim, todos esses mandamentos são oriundos do mesmo poder constitucional originário.

Pelo princípio da proporcionalidade, comparando esses valores, poderíamos optar, por exemplo, pela utilização, ou não, de uma interceptação telefônica ilicitamente obtida em desfavor do acusado de um crime gravíssimo, como extorsão mediante seqüestro, onde está em risco a vida, saúde, segurança e patrimônio de alguém. O que seria mais importante nesse caso, a solução da questão pendente com a Justiça ou os demais direitos e garantias fundamentais individuais? Certamente, pelo exemplo, a interceptação telefônica poderia ser autorizada pelo Juiz. Mas, e se a prova que incriminasse os seqüestradores fosse a interceptação de uma correspondência, que, segundo parte da doutrina e jurisprudência, não pode ser interceptada mesmo com autorização judicial. Seria razoável não condenar pessoas à sociedade em atenção à proibição da utilização da prova ilicitamente obtida? Se simplesmente formos interpretar aquela norma proibitiva de maneira totalmente garantista para os seqüestradores, eles teriam de ser soltos, e a sociedade estaria à mercê de indivíduos que certamente iriam praticar outros seqüestros, pondo em risco valores constitucionais tão ou mais importantes que o direito à intimidade.

É em decorrência do pensamento acima exposto que tem-se admitido, com base no princípio da proporcionalidade, a utilização da prova ilícita *pro societate*, principalmente se tais crimes forem praticados por organizações criminosas, afastando-se a proibição do art. 5º, LVI, da CF, em nome da manutenção da segurança da coletividade, que também é direito fundamental (art. 5º, caput), direito esse que o Estado tem o dever constitucional de assegurar (art. 144, caput),

inclusive o Superior Tribunal de Justiça, tem admitido a sua incidência, conforme acórdão:

Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira de 1988, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da atualização constitucional, base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada, é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da Razoabilidade (Reasonableness). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada. (Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado do DJU de 26.02.96, p. 4084, rel. Adhemar Marciel, autos do HC nº 3982/RJ).

Naturalmente, nem toda prova ilícita *pro societate* é admissível no combate a crime hediondo ou equiparado cometido por organização criminosa, já que o princípio da proporcionalidade impõe que sempre se leve em conta, caso a caso, os direitos e interesses em confronto. Uma confissão obtida com tortura ou prova dela derivada, por exemplo, jamais seria admissível no processo, porque neste caso não haveria um interesse mais relevante que propiciasse a aplicação do princípio da proporcionalidade, já que a Constituição Federal fez e equiparou a tortura ao crime hediondo (ar. 5º, XLII).

2.2.2 As provas ilícitas por derivação ^{ex. extorquida mediante tortura.}

As provas ilícitas por derivação concerne às hipóteses em que a prova foi obtida por meio lícito, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida de

forma ilícita. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. A questão é saber se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.

A questão é extremamente controvertida. A Suprema Corte Americana a trata com base na teoria dos "frutos da árvore envenenada" (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual o defeito da árvore se transmite aos seus frutos. Foi reconhecida a partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriundas de práticas ilegais. Tal regra tem a finalidade preponderante de evitar condutas ilegais da polícia, fim esse que só é atingido se as provas, assim obtidas, não puderem ser utilizadas no julgamento. Manter o imperativo da integridade judícia, não pedendo os tribunais a admitir a utilização de provas ilícitas, porque isso equívaleira a se tornar cúmplice da ilegalidade policial, o que corromperia o julgamento e por último assegurar ao povo que a acusação não será beneficiada pela conduta ilegal das autoridades públicas (policiais), diminuindo o risco de seriamente minar a confiança do povo no governo.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do habeas corpus, revelou a dissidência sobre a matéria, eis que em primeiro julgamento, essa ordem foi indeferida, acatando a tese da não-contaminação do restante da matéria probatória pela prova obtida ilicitamente e, em segundo julgamento, por impedimento de um dos Ministros, o comando emergente do acórdão foi modificado, concedendo-se a ordem, por maioria dos votos, eis a ementa oficial do acórdão:

EMENTA: Prova ilícita - escuta telefônica mediante autorização judicial - a afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não

editada, para que, nas hipóteses e na forma por ela estabelecidas, possa o juiz nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livre de contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la, contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do requerente (STF, HC. Nº 69912-0, RS, publ. 23.11.93).

Em linhas gerais, pode-se dizer que, nos dias de hoje, chegou-se ao convencimento de que a prova ilícita deve ser extirpada do processo, porém, como a Constituição Federal deixou em aberto a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação, entende-se não ser razoável desprezar sempre, toda e qualquer prova ilícita. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior.

Assim, sendo, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisões mais recentes, parece temperar o seu entendimento anterior, conforme se depreende de acórdão oriundo da 1ª Turma, relator Ministro Sydney Sanchez:

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA – PROVA ILÍCITA (ART. 5º, INCS. XII E LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – NÃO-CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS LICITAMENTE OBTIDAS SENTENÇA CONDENATÓRIA – FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE
– 1. Havendo-se apoiado a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, em provas lícitamente obtidas, ou seja, não contaminadas pela prova ilícita, consistente na interceptação de comunicação telefônica, não é caso de se anular a condenação. 2.HC indeferido. (STF – HC74.152-5-SP – 1ª T. RI. Min. Sydney Sanches – DJU 08.10.1999 – p. 39).

Portanto, à luz do sistema constitucional vigente a teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, direta ou indiretamente, da prova ilegal, não se aplicando às provas sem relação com a contaminação. Desse modo, a presença de prova ilícita não impede o recebimento da denúncia, não havendo que se falar de sua inépcia ou nulidade do seu recebimento ou do processo, se houver outras provas independentes da contaminada. Outrossim, não implica nulidade da condenação se esta tiver se dado como base em provas independentes da ilícita.

CAPÍTULO 3 DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

3.1 Conceito

A gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por de seus interlocutores, sub-repticiamente, feita por intermediário de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravação ambientais).

Já a interceptação é sempre caracterizada pela intervenção de um terceiro na conversação mantida entre duas pessoas; se a interceptação for realizada em conversação telefônica, e um dos interlocutores tiver conhecimento, caracteriza-se a escuta telefônica; se não houver o conhecimento por parte dos interlocutores, evidencia-se a interceptação stricto sensu; se a interceptação for feita entre presentes, com conhecimento de um dos interlocutores, caracteriza-se a escuta ambiental, ao passo que se forem sem o conhecimento, será considerada como interceptação ambiental.

Essa diferenciação é extremamente importante, pois o que a Constituição e a lei ordinária não admitem é a interceptação telefônica, não fazendo referência à gravação clandestina e ambiental ou escuta telefônica.

3.2 A Lei nº 9.296/96 e as interceptações telefônicas

Prevê expressamente a Constituição Federal brasileira em seu art. 5º, inciso XII, que: “É inviolável o sigilo de correspondência 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”.

Importa dizer que a interceptação sempre continuará a ser uma prova ilícita. O que se permite é a mitigação deste conceito, numa possibilidade de aplicação fornecida pelo próprio poder constituinte originário, no sentido de permitir-se somente nas hipóteses de investigação criminal ou instrução penal e na forma que a lei estabelecer, com a aplicação, sem dúvida nenhuma, do princípio da proporcionalidade.

Antes da vigência da Lei nº 9.296/96, afirmava-se que o dispositivo em questão não era auto-aplicável, tendo, para alguns, até eficácia redutível ou restringível aos casos em que a mencionada lei ordinária veio estabelecer.

Pela análise da referida lei, nota-se que ela regula, precipuamente, as denominadas interceptações telefônicas *stricto sensu*, e as escutas telefônicas, estando fora de seu âmbito de aplicação as gravações clandestinas e as ambientais.

A legitimidade para requerer a interceptação das comunicações telefônicas é da autoridade policial e do Ministério Público, sem olvidar a da própria autoridade judiciária, no uso dos poderes instrutórios e de investigação das provas (art. 3º). O pedido deverá ser feito ao juiz competente da ação principal, se a autorização for dada por juiz criminal incompetente, configurará caso de interceptação irregularmente autorizada, provocando a nulidade posterior de qualquer decisão nela embasada, sem prejuízo de sua configuração como prova ilícita derivada.

No entanto, há uma tendência em considerar, parte do art. 3º, inconstitucional quanto a interceptação telefônica de ofício, em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, instituído pela Constituição Federal de 1988, quando considera os ofícios de acusação e de defesa como funções essenciais ao exercício

da jurisdição, atribuída esta aos juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual.

Na verdade, há um entendimento de que o juiz deve ser resguardado de qualquer comprometimento prévio com a prova, o que aliás é uma tendência moderna que visa a não transformar o juiz em protagonista principal da colheita de provas.

A Constituição Federal prevê as hipóteses de cabimento de interceptação telefônica, ou seja, para fazer prova em investigação policial ou em instrução processual penal. Outro requisito essencial é que haja autorização judicial.

A lei nº 9.296/96, em seu art. 2º explicou os casos em que não caberá a interceptação. São eles:

- I – quando inexistirem indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II – quando a prova puder ser produzida através de outros meios disponíveis;
- III – quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Importa salientar que há diferença entre comunicação feita pela linha telefônica, utilizando-se somente o aparelho convencional de telefone (apreendido pelos sentidos humanos como a audição) e a comunicação feita por intermédio da linha telefônica, utilizando-se aparelhos ligados à informática e a teleinformática (apreendida pelos sentidos, às vezes, não somente pela audição, mas em certos casos pela visão, como os microcomputadores, sem olvidar dos meios escritos, telefax e informações bancárias, entre outras), com extensivo uso de imagens e sons.

Esta diferença é importante para que se estabeleça a constitucionalidade do dispositivo contido na lei. Importante corroborar, desde o início, que a Constituição

Federal de 1988, apenas permitiu a interceptação no caso de comunicação telefônica e não de comunicação telegráfica, comunicações de dados e sigilo de correspondência (art. 5º, XII).

É sabido que pelos novos recursos da informática e telemática não somente são veiculadas conversações, mas também dados, sigilosos em sua maioria, e, neste caso, em prol do próprio comando constitucional, preservar-se-ia o direito à intimidade do indivíduo.

No entanto, a interpretação das normas constitucionais exige que a uma norma constitucional seja atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade. Outrossim, apesar de a norma constitucional expressamente referir-se somente a interceptação, nada impede que nas outras espécies de inviolabilidade haja possibilidade de relatividade da norma constitucional, como, por exemplo, na permissão da gravação clandestina com autorização judicial, porque entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências, das comunicações e de dados, sempre que essas liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Há uma outra vedação que surge da aplicação sistemática do dispositivo, qual seja, a de proibição da interceptação telefônica entre acusado e seu defensor.

Aponta o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Chericchiaro (1997, p. 232):

Evidente que, a interceptação não pode tolher a conversa do indiciado, ou do réu, como seu advogado. Vou além. De qualquer pessoa que procure o profissional a fim de acolher-se porque praticou uma infração penal. Será contraditório o Estado obrigar o

advogado a guardar segredo profissional e imiscuir-se na conversa, e dela valer-se para punir o cliente.

Outro requisito é a minuciosa e clara descrição da situação objeto da investigação, sendo obrigatória a qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (parágrafo único, art. 2º).

O requerimento de ordem judicial para interceptação telefônica tramitará em segredo de justiça (art. 8º), e poderá ser feito por escrito ou verbalmente, caso sejam demonstrados os pressupostos autorizadores da interceptação, e neste último caso, para a sua concessão, deverá ser deduzida a termo (art. 4º, § 1º). Em ambos os casos, deverá conter a demonstração cabal da necessidade do uso da interceptação e a indicação dos meios a serem empregados (art. 4º, *caput*).

No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, o juiz decidirá sobre o requerimento, em decisão que deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade, com a indicação da forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por mais 15 (quinze) dias, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova (art. 4, § 2º c/c art. 5º).

Com o deferimento do pedido, a autoridade policial, podendo ser acompanhada pelo Ministério Público, realizará a diligência, permitindo-se-lhe, caso haja necessidade de gravação magnética deverá ser transcrita após o termino dos trabalhos. Com o fim da diligência, fará a autoridade policial um auto circunstanciado, com breve resumo das operações realizadas, encaminhando o resultado ao juiz, que determinará a juntada aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, dando-se ciência ao Ministério Público, preservando-se, em qualquer caso, o sigilo das diligências, gravações e respectivas transcrições.

A gravação, ou parte dela, que não for necessária para o processo será destruída por decisão judicial. Isso poderá ocorrer no transcurso do inquérito policial, da instrução processual ou finda essa, em face de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

3.2.1 Da criação do tipo penal incriminador

O art. 10 da Lei nº 9.296/96 criou um novo tipo penal em nosso ordenamento jurídico, punindo aquele que realizar interceptação telefônica indevidamente e quebrar sigilo de justiça referente ao procedimento de interceptação. Diz o referido artigo:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação telefônica, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

O novo tipo penal descreve duas condutas distintas, a de interceptar a comunicação telefônica, de informática ou de telemática, ou a divulgação de seu conteúdo (quebra do sigilo de justiça).

Para a configuração do primeiro crime basta a simples escuta ou a visão da comunicação para que o crime esteja consumado, não havendo necessidade desta ser gravada. O referido delito é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, é ainda doloso, com natureza permanente, permitindo, portanto, a prisão em flagrante delito enquanto a interceptação está sendo feita ou no início de sua execução (tentativa).

Observe-se que o tipo penal não exige autorização judicial prévia. Assim, se a autoridade policial obtiver a interceptação e conseguir a autorização judicial a *posteriori*, o delito não estará caracterizado.

O segundo crime, consistente na quebra do segredo atinente ao conteúdo da interceptação, é delito instantâneo e próprio, praticado por funcionário público, que se encontra, vinculado ao procedimento da interceptação (Juiz, Delegado de Polícia, Ministério Público, Agentes Policiais e Serventuários da Justiça).

O delito se consuma no momento em que o conteúdo da interceptação é revelado a terceiro não envolvido no procedimento ou no processo. Trata-se de crime doloso e admite a tentativa, co-autoria e participação.

3.2.2 Da constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96

A Lei nº 9.296/96, em seu art. 1º, parágrafo único, permitiu a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Pretendeu-se com esse dispositivo, combater os crimes da era moderna, onde o computador é um grande aliado das organizações criminosas.

A polêmica em torno do referido artigo dar-se, porque o art. 5º da Constituição Federal faz alusão apenas a violação das comunicações telegráficas, e a Lei nº 9.296/96, em seu art. 1º, parágrafo único, permitiu a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Vozes renomadas da doutrina pátria consideram institucional tal dispositivo, esclarecendo que se a intenção do constituinte fosse a de permitir a interceptação de sistema de informática e telemática, teria redigido o artigo de outra forma. No entanto, como a garantia constitucional fundamental do sigilo é a regra, e a

interceptação, a exceção, devendo ser restrita a seus casos específicos. Grinover (1997, p. 115):

A informática tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos na área de processamento de dados. Nesse sentido, técnico, o dispositivo vulnera a Constituição, que não permite a quebra do sigilo dos bancos de dados. Já a telemática versa sobre a manipulação e utilização de meios de telecomunicação, de modo que aqui se tem uma comunicação de dados via telefone. Cabe, então, verificar se a expressão constitucional "comunicações telefônicas" seria via telefone. Mesmo assim, a resposta seria negativa, dado que as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente. Desse modo a comunicação telefônica parece adstrita à transmissão da voz.

Com igual entendimento, Gomes Filho (1997, p. 125):

A nosso ver, também de manifesta inconstitucionalidade o art. 1º, parágrafo único, do citado diploma legal, segundo o qual o disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, uma vez que a Constituição, no art. 5º, inc. XII, traz como regra a inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, só excepcionando no último caso, ou seja, em relação às comunicações telefônicas propriamente ditas.

Discordando da posição acima, partilha-se o entendimento de que dificilmente obter-se-ão porvas substanciais para o desmanche de organizações criminosas sem o acesso a esses sistemas de comunicação de dados. Ademais, outros crimes graves existem que só poderão ser esclarecidos mediante esse tipo de interceptação como a pornografia infantil na Internet.

Analisando o assunto, percebe-se que é perfeitamente possível a interceptação em outras espécies de inviolabilidade, dada a relatividade da norma constitucional, haja vista, que nenhuma liberdade é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação de comunicação de telemática e de

dados, sempre que essas liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, mostrando-se divergente da finalidade perquirida pela norma, divergindo conseqüentemente da intenção do legislador.

Esse é o entendimento mais acertado, pois, caso contrário, estaria inaugurada a impunidade digital, passando-se a haver até mesmo o tráfico de drogas via internet, sem que a justiça pudesse intervir, o que seria um absurdo.

3.3 Gravações clandestinas e seu balizamento na jurisprudência brasileira

As gravações clandestinas como já apontado em linhas anteriores é aquela praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa (telefônica ou não), sem o consentimento da outra parte. Ver-se que, no caso, inexistente a figura da terceira pessoa, não podendo, portanto, enquadrar-se no conceito de interceptação restando a opção das gravações telefônicas.

O Supremo Tribunal Federal em julgados anteriores decidiu pela inadmissibilidade de gravação de conversa telefônica obtida por meios ilícitos, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. No entanto, o mesmo Supremo Tribunal Federal, mudando sua linha de pensamento, veio posteriormente modificar seu entendimento, passando a corroborar o seguinte:

Considera-se prova lícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, sem o consentimento do outro. Afastou-se o argumento que afronta o art. 5º, XII, da Constituição Federal, uma vez que esta garantia constitucional refere-se à interceptação telefônica de conversa feita por terceiros, o que não ocorre na hipótese. (STF, HC 75.338-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11-3-1998,

vencidos os Ministros Celso de Melo e Marco Aurélio, Informativo do STF, n.102, março de 1998).

Seguindo-se esse raciocínio, a prova obtida através de gravação clandestina seria irrestritamente admissível. Qualquer pessoa pode gravar sua própria conversa. O que se proíbe é a divulgação indevida, não se questionando mais se é lícita ou não as gravações clandestinas. No entanto, até que ponto podem ser tuteladas, em confronto com o direito à intimidade.

O tema apresenta maiores dificuldades de solução, porque o direito a intimidade é uma grande garantia constitucional, podendo serem vislumbrados nessa expressão dois aspectos, a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada. Pode-se-ia falar, então, em violação à intimidade de um dos interlocutores, ao revelar-se um segredo? Ora, se o emissor ou receptor houver por bem divulgar sua conversa, poderá fazê-lo para a defesa de seu direito, sem que isso implique violação à intimidade.

O assunto ensina que o sigilo existe em face de terceiros e não dos interlocutores, que podem divulgar a conversa desde que haja justa causa, podendo, neste caso, tal gravação servir como prova, em processo, tanto para a acusação quanto para a defesa.

Outra corrente, só admite esse tipo de prova (gravação clandestina) se for utilizada pela defesa, considerando-a ilícita quando utilizada pela acusação. Assim, ensina Grinover (1990, p. 66):

A gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade, qual seja, a violação de segredo. No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em

estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade. Parece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão.

Outrossim, considera-se a adoção do princípio da proporcionalidade essencial para o aproveitamento da prova ilícita que justifique o sacrifício da intimidade em prol de outro direito de igual ou maior valia. O que a lei penal veda, tornado ilícita a prova decorrente, é a divulgação da conversa sigilosa, sem justa causa. A "justa causa" é exatamente a chave para se perquirir a licitude da gravação clandestina. Dentro das excludentes possíveis, é de se afastar, frise-se o direito à prova. Os interesses remanescentes devem ser suficientemente relevantes para ensejar o sacrifício da privacidade.

CAPÍTULO 4 O SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS E SUA INVIOLABILIDADE

4.1 Generalidades

Aparentemente, o inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal consagra o sigilo absoluto da correspondência, uma vez que não excepciona a sua violação, mesmo com ordem judicial.

Interpretando-se o dispositivo de forma gramatical, não será admissível de forma alguma a interceptação e quebra de sigilo de correspondência, estando aí englobadas tanto por carta como por e-mail (eletrônica).

Analisando o tema, discorreu Bastos (1999, p. 72):

O sigilo de correspondência está hoje estendido, como vemos, às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. A despeito deste caráter analítico da enunciação, é forçoso reconhecer que outras modalidades de comunicação estarão também incluídas, como por exemplo, aquela que se verificar por meio de telex. Por correspondência há de se entender toda gama de cartas e postais, mesmo que incluam meros impresos. Além das cestas é óbvio que estão incluídas as encomendas, mesmo que não contenham qualquer comunicação escrita. Uma inovação da Constituição foi estender a inviolabilidade aos "dados". De logo faz-se mister estender a inviolabilidade aos "dados". A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações seriam invioláveis, uma vez que versam sempre sobre "dados". Mas pela inserção de palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites para comunicação de dados contábeis.

Deste modo, parece-nos que a inviolabilidade da correspondência, eletrônica ou não, tem caráter absoluto, pelo menos de acordo com a análise gramatical do texto constitucional.

Por outro lado, é sabido que nenhum direito ou garantia constitucional, por mais importante que seja, é absoluto. Não existe em nosso ordenamento jurídico uma liberdade que se sobreponha a outra de forma inquestionável, haja vista que todas devem obediência ao princípio da livre convivência das liberdades públicas, sendo sempre possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou maior valia, principalmente quando está em jogo interesse público relevante.

Salienta-se que a inviolabilidade epistolar, assim como a inviolabilidade da correspondência eletrônica (e-mail) ocorre até o instante em que ela cumpre o seu papel de instrumento de comunicação. A partir do momento em que ela chegou ao receptor, deixou de ser considerada correspondência, passando a ser um documento qualquer, passível de apreensão por ordem judicial.

4.2 Violação de correspondência e a teoria da proporcionalidade

O sigilo de correspondência telegráfica e epistolar, em tese, jamais admitiria violação, em face do art. 5º, XII, da Constituição Federal. No entanto, entendemos que o problema se coloca em face da apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando existir suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do delito (art. 240, § 1º, alínea "f" do CPP), embora a doutrina majoritária entenda que esse dispositivo não fôra recepcionado pela Constituição, acreditamos que é perfeitamente possível a sua utilização em juízo.

A inviolabilidade de correspondência ocorre até o instante em que ela cumpre o seu papel de instrumento de comunicação. A partir do momento em que ela chegou ao receptor, deixou de ser considerada correspondência e passou a ser um

documento qualquer, passível de ser apreendido por ordem judicial. Discorrendo sobre o tema leciona Avólio (1995, p. 67):

Assim, interceptar correspondência significa desvendar o seu conteúdo antes que ela alcance o destinatário, o que constitui, ademais, crime de violação de correspondência. Até então, o sigilo da correspondência, que poderia ser chamado inviolabilidade das comunicações postais, é mesmo uma violação de caráter absoluto. No entanto, uma vez recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previstos em lei.

Ademais, mesmo que assim não se entenda, em casos excepcionais e graves, aplicando-se a teoria da proporcionalidade, é perfeitamente possível a utilização desses documentos como prova judicial. Isso porque nenhuma garantia ou direito constitucional pode ser considerado absoluto.

Se tivermos de um lado o direito à intimidade dos traficantes de drogas, e, de outro, o direito à vida, segurança e saúde da sociedade, certamente estes últimos deverão prevalecer, pois são bem mais importantes. Não há como aceitar que um criminoso venha a se acobertar em normas constitucionais para praticar crimes graves. Dessa forma, também tem entendido o Supremo Tribunal Federal, é o que se observa através do acórdão relatado pelo Ministro Celso de Melo:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou preservação da ordem jurídica, pode excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inserida no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (STF, 1ª Turma, HC 70.814-SP (42), DJU, 24 de jun. 1994).

Assim, em virtude da relatividade do sigilo de correspondência, o bom senso deve prevalecer, pois mesmo direitos fundamentais constitucionalmente garantidos

encontram limitações, que os impedem de serem exercidos irrestritamente a ponto de afetarem a ordem pública e a liberdade alheia. Mesmo o direito à intimidade cede diante do princípio "*pro societate*".

Expostos esses esclarecimentos, não podemos adotar outra postura, senão a que acolhe a relatividade dos direitos fundamentais, entre eles, inviolabilidade epistolar, e a utilização do princípio da proporcionalidade nos casos concretos que se põem em causa dois direitos essencialmente garantidos, para a seguir encerrar com as palavras da clássica literatura jurídica de Grinover (1990, p. 60):

É cediço, na doutrina constitucional moderna, que as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da conveniência das liberdades, pelo qual não se permite que em qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, é forçoso concluir que a doutrina e a jurisprudência não são unânimes quanto ao tema das provas ilicitamente obtidas, sendo este um dos mais polêmicos do âmbito do direito processual, porém convém lembrar que, somente através do cotejo da situação fática concreta, se poderá dizer quais provas devem ou não ser aceitas em determinado processo.

Nessa linha de pensamento, a prova torna-se essencial para demonstrar uma verdade histórica ocorrida de modo a formar a convicção do julgador, mas também possui uma finalidade social. Podem ser utilizados todos os meios de provas aptos a demonstrar um fato, desde que legal e moral.

Ocorre, que somente as provas obtidas através de meios lícitos, em regra, poderão ser utilizados no processo, uma vez que o direito à prova não é absoluto. Deverá ele conviver harmonicamente com outros direitos e garantias, de modo que nenhum deles venha a colocar em risco a ordem pública e direitos de outrem.

Na linha dessa diretriz nos deparamos com o art. 5º, inciso LVI, que prevê a vedação da utilização da prova obtida por meios ilícitos. No entanto, esse dispositivo não deve ser entendido de forma absoluta, sob pena de prejuízo à sobrevivência do sistema jurídico nacional. Assim, parece evidente a imperfeição desse comando, no qual interesses em litígio, permitindo a utilização desse tipo de prova em casos excepcionais e graves, tanto a favor quanto em desfavor do réu, já que como dissemos essa vedação não deve ser levada ao extremo, de modo a impossibilitar uma solução satisfatória para as questões apresentadas.

Quanto as provas ilícitas por derivação, segundo a qual o defeito da árvore se transmite a seus frutos, embora controvertida a questão, conclui-se não ser

impossível a sua utilização, desde que com temperamento. O motivo é a verdade material buscada incessantemente no processo penal, por isso havendo interesses em conflito, deve preponderar aquele que melhor atenda aos anseios da sociedade, não sendo lícito a alguém esconder-se atrás de direitos e garantias individuais para a prática de delitos.

A Constituição Federal de 1988 proibiu a interceptação telefônica (art.5º, inciso XII), salvo para fins de investigação criminal e nas hipóteses e forma que legislação ordinária regular (Lei nº 9.296/96). Verifica-se que, na Constituição Federal, vedou-se a interceptação não fazendo menção à escuta telefônica ou gravação clandestina, que são perfeitamente possíveis, respeitados certos parâmetros. Há uma divergência, também, quanto a possibilidade da interceptação de dados e de telemática, porque a Carta Magna somente permitiu a interceptação telefônica e não de comunicações em sistemas de informática e telemática, motivo pelo qual renomadas vozes da doutrina, consideram inconstitucional o parágrafo único, art. 1º da Lei nº 9.296/96, que prevê tal possibilidade. Contudo, entendemos possível, principalmente porque nos dias de hoje, a criminalidade avança de todas as formas tecnológicas, e como nenhuma liberdade é absoluta o direito à intimidade não poderá salvaguardar práticas lícitas.

A inviolabilidade epistolar também tem gerado muita discussão, primeiro, porque é um direito constitucionalmente garantido, segundo, porque a sua violação atinge diretamente outro direito à intimidade. Contudo, não podemos esquecer que se tratam de direitos relativos, que cedem diante do princípio "*pro societate*", acatada a teoria da proporcionalidade.

Em suma, quando o intérprete se deparar com uma prova ilícita, deverá sopesá-la como os demais direitos fundamentais envolvidos, ou seja, balancear os

demais interesses em litígio para saber se poderá utilizá-la. Exclui-la do processo sumariamente, não é a melhor solução, mas só deverá ser utilizada em casos excepcionais e graves, sem perder de vista que as liberdades públicas não se prestam a proteger abusos nem acobetar violações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL SANTOS, Moacyr, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, V. 02, 1997.

AVÓLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Inteceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. São Paulo: RT, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, V. 02, 1989.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Interceptação Telefônica*. In *Revista Jurídica*, 232/46, fev/1997.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Brosoi, V. 02, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Intrceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal. Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance & GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.