

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE DIREITO**

PROVAS ILÍCITAS

Com ênfase na Interceptação Telefônica

ROGERIO DA COSTA MENDONÇA

**Juiz de Fora
2009**

ROGERIO DA COSTA MENDONÇA

PROVAS ILÍCITAS

Com ênfase na Interceptação Telefônica

Monografia apresentada à Banca Examinadora,
como exigência para obtenção do título de
Bacharel em Direito, sob a orientação do
Professor RODRIGO ROLLI.

**Juiz de Fora
2009**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Rogério da Costa Mendonça

Aluno

Provas orais (com ênfase na interpretação
telefônica)

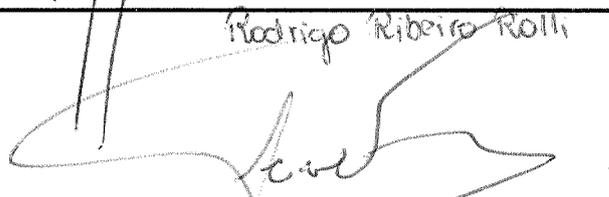
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA



Rodrigo Ribeiro Roll



Luis Cláudio Alves Torres



Cleber da Silva Faria

Aprovada em 08/12/2009.

Dedico esta monografia aos
Meus familiares

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, José Guedes e Maria Lice, fonte da vida, pelos ensinamentos que até hoje me orientam na busca pela justiça e no sonho de construir um mundo mais fraterno;

À minha esposa Miriã, minha inspiração, por alegrar minha vida e por me apoiar sempre;

Aos meus irmãos, Ricardo e Renato, meus companheiros inseparáveis, por estarmos sempre unidos na busca de nossos ideais;

Aos meus superiores hierárquicos e colegas de serviço, sem os quais não poderia ter uma assiduidade elevada as aulas;

Aos meus amigos que fizeram desta fase da minha vida uma grande festa;

À Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, minha *alma mater*, por me preparar e por me lançar ao mundo com uma formação jurídica respeitável;

Ao Rodrigo Rolli, exemplo de profissional, por ter aceitado o meu convite de orientação;

E a Deus por ter feito tudo isto possível.

Abre a tua boca a favor do mundo, pelo Direito
de todos os que se acham em Desolação.
(Mãe do Rei Lemuel: Provérbios 31.8)

Tudo o que o mal precisa para vencer é que os
homens de bem não façam nada.
(Edmund Burke, estadista inglês e filósofo)

O que me preocupa não é nem o grito dos
maus, dos corruptos, dos violentos, dos
desonestos, dos sem caráter, dos sem ética. O
que me preocupa é o silêncio dos bons.
(Martin Luther King, ativista político
estadunidense.)

RESUMO

Ponderar a admissão dos princípios no ordenamento legal nacional especialmente a do princípio da proporcionalidade e evidenciar a importância deste princípio na decisão de dificuldade atinente à utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos quando tal emprego acarretar um conflito de direitos fundamentais.

Estabeleceu-se o conceito de princípio jurídico e verificou-se o processo de positivação de tais normas pela atual ordem constitucional. Constatou-se, ainda, que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios jurídicos, motivo pelo qual a ocasional colisão entre eles solicitará uma apuração com base na avaliação dos bens e valores envolvidos. A partir de tal exame, foi possível deliberar o conceito, a importância e o modo de aplicação do princípio da proporcionalidade e conferir as diversas fundamentações normativas que a doutrina outorga a este princípio.

Em razão da cláusula contida no art. 5º, LVI, consistir em um direito fundamental, defende-se a sua relativização e otimização, de acaso que as provas ilícitas têm capacidade serem aproveitadas no processo frente as conjuntura fáticas e jurídicas atuais em um apurado caso concreto.

Neste argumento, tem-se como intento ressaltar a gravação clandestina ambiental e de conversas telefônicas, e, ainda, aspectos referente à interceptação de comunicações telefônicas. Por conclusão, demonstrou-se que o princípio da proporcionalidade constitui valiosa ferramenta para dirimir as complexas questões que aparecem quando se está em presença de uma prova ilícita e um choque entre direitos fundamentais e verificou-se a aproveitamento de tal princípio pelos tribunais, mais especificamente o STF e o STJ, no que tange à sua relação com a admissibilidade das provas ilícitas.

Palavras-chave: Inadmissibilidade, aplicação da proporcionalidade, prova ilícita "*pro reo*", prova ilícita "*pro societate*"

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	PROVAS	11
2.1	CONCEITO	11
2.2	CLASSIFICAÇÃO.....	12
2.3	PRINCÍPIOS.....	13
2.4	MEIOS DE PROVAS.....	14
2.5	ÔNUS DA PROVA.....	15
3	PROVAS ILÍCITAS	16
3.1	CONCEITO	16
3.2	PROVAS ILÍCITAS, ILEGÍTIMAS E ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO.....	16
3.3	PROVAS ILÍCITAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	23
3.4	PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS	26
3.5	PRINCÍPIOS DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	28
3.6	PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE	29
4	INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA.....	31
4.1	CONCEITO E REGRAS CONSTITUCIONAIS	31
4.2	ESPÉCIES DE INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO.....	33
4.3	TRATO LEGISLATIVO – LEI Nº.9.296/1996	34
	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A vigente Constituição pátria, estabelecida em outubro de 1988, conhecida por “Constituição-cidadã”, inovou em diversos aspectos relativo às garantias deferidas aos seus destinatários, protegendo em especial a vida dos cidadãos.

Nesse sentido, restringiu a ação do estado, garantindo, entre outros, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, bem assim a livre manifestação do pensamento, as liberdades espirituais, intelectuais, artísticas e científicas, a inviolabilidade de domicílio, das correspondências, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados.

Entretanto, é sabido de que não há direitos absolutos, pois que, numa vida em sociedade, existi sempre a necessidade de serem ajustados direitos e deveres, cabendo ao Direito e à Moral a estipulação de limites para um convívio pacífico e tranqüilo de toda coletividade.

A divisão dentre a necessidade indispensável de entrega-se à prestação jurisdicional a um, e o respeito aos direitos do outro é que embasa o presente trabalho, de forma que a confirmação de um não confronte as garantias do outro.

A Constituição Federal de 1988 consagrou no inciso XXXV do seu artigo 5º o direito do cidadão ao amplo acesso à Justiça e o dever do Estado à correta prestação jurisdicional. E a fim de que tanto aquele direito quanto este possa ser, de maneira efetiva, “amplo” e “correto”, respectivamente, o instituto da prova emerge como o mais importante pilar para a concretização dos valores que emanam do mencionado parecer constitucional.

Entretanto, não se deve perder de vista o necessário atendimento ao interesse público, que poderá, por exceção, justificar algumas condutas à margem da lei, com vistas a assegurar outros direitos igualmente constitucionais.

É na fase instrutória do processo onde as partes juntarão aqueles instrumentos através dos quais demonstraram a verdade do direito material afirmado, com o fim de alcançar um provimento jurisdicional adequado, tolerando ao órgão julgador competente por fim à lide e culminar com uma decisão de procedência ou improcedência do pedido. Qualquer restrição absoluta que se almeja produzir no direito à prova infringi indiretamente a garantia constitucional do direito de ação. Nesta razão e com o intuito de tornar ótimo o aspecto principiológico dos direitos fundamentais compreendido na Lei Maior, há obrigação de que sejam apresentados pormenorizadamente os limites da legalidade probatória.

As provas ilícitas, nesse conjunto, salientam-se em face de sua importância jurídica quando produzidas e utilizadas no processo.

Busca-se, com este trabalho, fazer análise deste instituto, reconhecendo a importância de sua vedação constitucional e situações excepcionais em que caiba relativização da regra geral.

Como se sabe, a regra constitucional é evidente ao proibir o uso, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

No entanto, em inúmeros casos concretos, o Judiciário depara-se com situações peculiares que, vez por outra, podem redundar na aceitação de uma prova desse tipo, sobrecarregando a situação analisada, em confronto com a norma constitucional.

A importância do peculiar interesse da parte poderá ser necessária à aceitação de provas ilícitas, se essa configurar na única forma viável de se fazer justiça.

O valor do estudo desse tema é evidente, ante da clara necessidade de bem se balizar as exceções possíveis a essa previsão na Lei Maior, de forma a propiciar uma adequada atuação nas esferas judiciais.

Nesse sentido, iniciou-se com abordagem do aspecto teórico acerca das provas *lato sensu*. Descrevendo vários aspectos a elas referentes, como seu conceito e finalidade, classificação, seus vários princípios, meios de prova e ônus da prova.

A seguir, passou-se às provas ilícitas propriamente ditas, conceituando-se e apontando as diferenças entre provas ilícitas, ilegítimas e ilícitas por derivação. Inclui-se o estudo desse tipo de prova com base constitucional, bem como os princípios específicos das mesmas. Por fim, foi feita ampla análise jurisprudencial.

Seguindo, então, ao estudo das provas em espécie, abordando a interceptação telefônica e gravação clandestina, suas espécies, regras constitucionais e legais, além de uma breve abordagem ao direito comparado.

Esse trabalho, que objetiva, ao fim, analisar, criteriosamente, o instituto das provas ilícitas, com sua variante e consequência, demonstrarem que a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo não é uma regra absoluta e inflexível.

Pelo oposto, tal norma elevada à categoria constitucional no ordenamento jurídico vigente não apenas pode como também deve ser relativizada frente a determinados casos concretos em favor de uma proteção social mais justa e eficaz, incluindo o intenso estudo das decisões do nosso Tribunal Constitucional e do Superior Tribunal de Justiça ao longo dos anos, acompanhado das mais recentes doutrinas sobre o assunto.

1 PROVAS

A prova é o tema mais importante do processo. É ela que serve para formar o convencimento do julgador, ao mesmo tempo em que também justifica a decisão diante da sociedade.

Diversas são as características e classificações das provas, fundamentais no estudo de sua inter-relação com o processo e sua finalidade, bem assim com a forma como são produzidas e por quem. Os tópicos seguintes trazem luz a esses temas.

1.1 Conceito e Finalidades

Nas palavras de Capez,¹ prova é “todo meio de percepção empregado pelo homem com finalidade de comprovar a verdade de uma alegação”.

A expressão “prova” origina-se do latim *probatio*, que tem sentido de verificação, exame, confirmação.

Na acepção jurídica, é o conjunto de meios para se chegar à certeza. No âmbito criminal, esse conjunto de atos deve contentar de tal forma o julgador, que seja capaz de dominar o princípio constitucional da presunção de inocência, assertiva obviamente válida em caso de sentença condenatória, porquanto para a prolação de sentença absolutória basta a dúvida.

Assim, prova nada mais é que convencer que algo é verdadeiro.

Ao conjunto de atos exercidos tanto pelas partes, quanto pelo juízo ou terceiros, que objetive a formação do convencimento do julgador, seja pela existência ou inexistência de algum fato, dá-se o nome de provas.

Como já mencionado, duas são as principais finalidades das provas: formar o convencimento do juiz sobre o que se alega e embasar a decisão final da demanda perante a coletividade.

Com a produção de provas durante o processo, objetiva-se indicar a verdade dos fatos para que o julgador tenha a capacidade, com proveito, extinguir a questão posta. Como já se manifestou STJ² em recente julgamento, “a produção de provas tem por destinatário

¹ Capez, Fernando Curso de processo penal. 15. Ed.rev. E atual – São Paulo: Saraiva 2008.

² STJ, RESP 665.561/Go, relator Ministro Jorge Scartezini, publicado DJ 02/05/2005.

imediatamente o juiz de causa, com vistas à formação de suas convicções quanto à matéria posta a debate”.

Assim deliberando, com base no conjunto probatório arrecadado, estará oferecendo sua prestação jurisdicional adequadamente motivada.

Então qualquer pessoa que tenha acesso à decisão fundamentada poderá confirmar a legalidade do que foi prolatado, em face das provas presentes.

1.2 Classificação

De acordo com a tradição, dividem-se as provas a partir de três critérios principais: objetivo, subjetivo e formal.

Sob o aspecto objetivo, temos a prova direta e a indireta. Subjetivamente, divide-se em real e pessoal. Por fim, sob o aspecto formal, em geral tem-se a prova testemunhal, a documental, pericial e a material.

A prova direta é aquela que se refere ao fato a ser provado, ao objeto da prova (pessoa ou coisa), aquilo que se quer verificar. Assim, a prova direta do crime de falsificação de documento é a exibição do próprio documento falsificado.

Indireta, por outro lado, é aquela relativa a outros fatos, dito indícios. Estes, no seu conjunto, poderão levar a alguma conclusão útil para provar o que se pretende.

A apreciação do fato ocorrido, quanto à sua amostra subjetiva, suporta dois fatos possíveis, vinculadas aos vestígios que o mesmo deixou. Assim, podem ser reais ou morais.

O primeiro tipo faz parte àquele que aderem à coisa, como uma impressão digital numa arma. Já as morais ou pessoais, referem-se ao que se gravou no espírito humano acerca do fato, como o testemunho do crime.

Quanto à forma, como dito, pode ser a prova testemunhal, documental, pericial e material.

A primeira versa na oitiva da pessoa que pode acrescentar algum dado novo a questão, confirmando ou negando algo que foi alegado. Pode ser o próprio interessado (ofendido ou acusado)³, ou terceiro.

A prova pericial é produzida por terceiro especialista, que auxilia o juiz com questões técnicas próprias de sua arte, que fogem do conhecimento do julgador limitado à esfera jurídica. Cite-se uma análise contábil que demonstre a prática de um crime tributário.

³ O ofendido e o acusado não são testemunhas, mas também são ouvidos em juízo, considerando-se seus testemunhos como provas para formar a convicção do julgador.

Documento é uma afirmação pessoal, feita de forma consciente e escrita, com objetivo de produzir a verdade de que se afirma. Exemplifique-se com um recibo escrito que pode fazer prova de pagamento negado.

De forma simples, tem-se que a prova material consiste no próprio objeto, coisa que se afirma. É a arma do crime, por exemplo.

Por fim, cite-se também outro tipo de prova, chamada prova emprestada. É a prova produzida noutro processo, criminal ou não, que se translada, por empréstimo, a outro, adquirindo natureza de prova documental.

Ressalta-se que deve seguir uma série de requisitos para que tenha validade no processo que se a usa, como respeito ao contraditório, com intervenção das partes interessadas no processo originário.

1.3 Princípios

Partindo dos princípios, que é o início de tudo, proposições anteriores e superiores às normas, que traçam vetores direcionais para os atos do legislador, do administrador e do aplicador da lei ao caso concreto.

Estabelecem o fundamento, a base, o apoio de um sistema, e que condicionam as composições seguintes, garantindo-lhes validade.

Importante notar que os princípios não necessitam estar presente na legislação, tendo validade, e lançando seus efeitos, independentemente de posituação. Se presente na lei, diz-se que são normas principiológicas.

No relacionado às provas, tem-se em especial, os seguintes princípios:

I. **Auto-responsabilidade das partes:** cada parte assume as conseqüências por suas ações e omissões na produção de provas, posto ser esta uma faculdade processual. Assim, se negligentemente deixou de produzir provas do alegado, sofrerá o resultado dessa omissão;

II. **Audiência contraditória:** é a base do principio constitucional do contraditório (art. 5º, LV), prevendo que sempre que produzida uma prova, seja dada oportunidade de manifestação á outra parte, ainda que a produção tenha sido efetivada com base em determinação judicial *ex officio*;

III. **Comunhão ou aquisição da prova:** uma vez produzida a prova, ela passa a integrar o processo, não pertencendo mais á parte que a produziu, que perde legitimidade para, por exemplo, requer seu desentranhamento, se perceber que lhe será contrária;

IV. **Oralidade:** por esse princípio, dá-se prevalência á palavra falada sobre a escrita;

V. **Concentração:** como meio de economia e agilidade processual, deve-se buscar concentrar a produção das provas na audiência, em especial nos procedimentos sumário e sumaríssimo;

VI. **Publicidade:** como regra geral, as provas devem ser produzidas publicamente, salvo se em segredo de justiça;

VII. **Livre convencimento motivado ou persuasão racional:** é a principal teoria adotada pelos códigos de processo penal⁴ e de processo civil, no que concerne à valoração das provas, que será livre pelo juiz, desde que devidamente motivada;

VIII. **Vedação das provas obtidas por meio ilícitos:** como garantia do devido processo legal, ninguém poderá ser condenado com base em prova ilícita⁵, de acordo com art. 5º, LVI, CF/88. (Precisamente este princípio será abordado com destaque neste trabalho);

IX. **Liberdade probatória:** como o processo penal tem por objetivo a busca da verdade real dos fatos ocorridos, há grande liberdade na produção das provas, deferindo-se inclusive ao magistrado a iniciativa para sua produção (art. 156, do CPP, com redação dada pela lei nº. 11.690/2008). No entanto, essa liberdade não é absoluta, havendo algumas limitações a tal princípio, como será visto em seguida.

Visto esses princípios relacionados ás provas, tem-se um panorama geral das linhas mestras a serem seguidas nos estudos e aplicação, no processo, das mesmas.

1.4 Meios de provas

É o instrumento que se usa para provar aquilo que se alega, não existindo, em regra, limitações para o exercício dessa faculdade, sempre com vistas a se aproximar da verdade dos fatos, garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, vigora o princípio da liberdade probatória já descrita, com algumas exceções presentes na legislação, que normatiza de forma específica alguns casos.

São exemplos das principais limitações a esse princípio: a prova quanto ao estado das pessoas (art. 155⁶, parágrafo único, do CPP, com relação dada pela Lei nº. 11.690/2008),

⁴ A antiga redação do art. 157 do CPP, antes da Lei 11.690/2008, era a seguinte “O juiz formará sua convicção pela apreciação da prova”.

⁵ STF, RHC 90.376/RJ, relator Ministro Celso de Mello, publicação DJ 18/05/2007, informativo 462: Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação.

⁶ CPP, art. 155, parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil

exame de corpo de delito obrigatório para as infrações que deixam vestígios (art. 158⁷. CPP), limitações de algumas pessoas que não podem depor ou que podem recusar-se a fazê-lo (art. 206 e 207, CPP), e, por fim, a mais importante para esta obra, a proibição de uso de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF/88).

1.5 Ônus da Prova

Constitui-se da capacidade que as partes têm de evidenciar, no processo, o que afirmam em seu interesse, de acordo com a legislação pertinente.

Deste modo, não é uma obrigação imposta á parte, mas apenas uma possibilidade que se lhe defere.

Ao autor da ação cabe provar o fato típico, a culpa, a autoria e as circunstancias que acarretem aumento de pena.

Por outro lado, ao réu cabe a prova das excludentes de antijuridicidade e culpabilidade, bem assim das causas de diminuição da pena (gerais e especiais).

Ressalte-se que, ainda que a produção probatória seja uma faculdade, quando exercida pelo autor no momento da apresentação da denúncia ou queixa, exige-se um mínimo de provas pré-constituídas que a justifiquem, sob pena de rejeição. É o chamado *fumus boni iuris*, composto pela prova da tipicidade do fato e de sua existência material, além de indícios suficientes de autoria.

Por fim, destaque-se uma vez mais que julgador pode determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas (art. 156, II, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008). Tal prerrogativa deve ser exercida com cautela, mantendo-se sua imparcialidade e atuando de maneira apenas complementar ás partes, com vistas ao alcance da sempre buscada verdade real ou material.

⁷ CPP, art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

2 PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A mesma ainda prevê direitos e deveres aos cidadãos, atribui limitações e regras para exercício dos mesmos. No que dizer respeito á produção das provas, deve-se ater ás previsões legais. Sendo mesmo inadmissível que o estado possa condenar alguém com base numa prova que foi obtida por meios ilícitos.

2.1 Conceito

Provas ilícitas, lato sensu, são aquelas obtidas com infração á lei, como as realizadas através de escuta clandestina, tortura, invasão de domicilio, violação de correspondência etc.

Assim, de forma genérica, as provas ilícitas são as provas vedadas, proibidas, podendo ser divididas em provas ilícitas propriamente ditas e provas ilegítimas.

2.2 Provas Ilícitas, Ilegítimas e Ilícitas por Derivação.

A terminologia usada é bastante variada, fazendo referência á prova proibida, ilícita, ilegal, ilegítima, obtida por meio ilícito, ilegalmente obtida, ilicitamente obtida etc., necessitando de uniformidade. De modo geral, pode-se conceituá-las como sendo aquelas inadmissíveis no processo.

Sobremaneira, deve-se considerar o fato concreto, havendo, pois, situação que podem justificar tal variedade na terminologia. Em determinadas situações, uma prova pode ser considerada lícita, ao passo que, noutras, obtidas por meio ilícito, como é exemplo à escuta telefônica, lícita que é sempre autorizada por ordem judicial para fins investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma estabelecidas em lei (art. 5º, XII,⁸ CF/88). Da mesma forma, um documento, em geral, é prova lícita, mas não quando obtido através de furto no local onde se encontrava, tornando-se prova obtida por meio ilícito.

Por outro lado, têm-se provas que sempre serão ilícitas, em qualquer situação, como um documento com assinatura falsificada, independente da forma como foi apresentado no processo.

⁸ CF/88, 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.

De acordo com a tradição, embora a Constituição federal não defina o que venha a ser uma prova ilícita, tem-se delimitado a distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas nos termos seguintes: enquanto a prova ilícita seria aquela obtida por violação ao direito material, a prova ilegítima afrontaria o direito processual.

O próprio CPP estabelece regras quanto á produção de provas que, quando desrespeitadas, provocam a declaração de nulidade das mesmas, com efeitos internos ao processo. Para exemplificar, podem ser citados alguns casos, como a oitiva do acusado sem a devida intimação do seu defensor⁹, ou daquelas pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo.

Em qualquer caso, havendo a produção de uma prova ilegítima, haverá sanção prevista na própria lei processual, podendo ser decretada a nulidade da mesma, é dizer, seu regime jurídico é tratado através da teoria das nulidades.

Em contrapartida, as provas obtidas com violação ao direito material são inadmissíveis no processo, a teor da regra constitucional inserta no inciso LVI do art. 5º, analisado adiante. São aquelas produzidas externamente, e com sanções específicas prevista no direito material.

Dessa forma, em havendo a produção de uma prova ilícita, como tortura, violação de correspondência ou de domicílio, ao infrator será imputada uma penalidade prevista na legislação penal.

Existe outra diferença bastante expressiva, apontada pela doutrina tradicional, entre provas ilícitas e ilegítimas, em decorrência do que foi visto esta no momento da sua violação. No caso da prova ilícita, ocorre transgressão á lei no momento da sua produção, de sua colheita, de forma externa ao processo, podendo ser anterior ou concomitante a este. Quando se está diante de uma prova ilegítima, tal ilegalidade se consumou no momento de sua produção dentro do processo, sempre de forma concomitante.

A lei nº 11.690/2008, no entanto, ao alterar o código de processo penal quanto ao tema, assim previu:

“CPP, art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

⁹ CPP, art. 185, com redação, com redação dada pela Lei n.º10.792, de 1º/12/2003. O acusado que comparecer perante autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Seguindo as lições do mestre Denílson Feitoza¹⁰, fazendo-se uma interpretação declarativa do artigo citado, têm o seguinte:

- a) Com base no princípio da supremacia da constituição, provas ilícitas são as que violam:
 - a.(1) norma constitucionais, de direito constitucional tanto material quanto processual;
 - a.(2) normas legais, de direito infraconstitucional material;
- b) Provas ilegítimas são as que violam normas legais de direito infraconstitucional processual;
- c) Provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente, são as que violam, ao mesmo tempo, normas constitucionais (materiais ou processuais) e normas infraconstitucionais processuais.

Com semelhança às provas ilícitas por derivação têm-se uma situação especial. Trata-se da prova lícita em si mesma, mas cuja produção transcorreu, ou derivou de outra prova, apresentada por ilícita.

Deste modo, a prova originária, ilícita, contamina a prova derivada, tornando-a também ilícita.

A teoria dos frutos da Árvore Envenenada¹¹ explica adequadamente a proibição da prova ilícita por derivação. Se uma prova é ilícita, todas as que dela derivam também o são. Exemplificando, tem-se a apreensão de entorpecentes advinda de escuta telefônicas clandestina. Se esta não existisse, a apreensão jamais ocorreria. Como a escuta foi ilegal, a apreensão também o será.

Com a alteração no CPP, promovida pela lei nº11.690/2008, positivou-se no país a Teoria em comento:

CPP, art. 157, 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Obviamente que, se não existir coesão entre as provas, não há se falar em uma derivada da outra, não havendo, portanto, contaminação.

¹⁰ PACHECO, Denílson Feitoza. Direito processual penal, p. 119.

¹¹ No Direito norte-americano, de onde origina-se, é conhecida com "Fruits of the poisonous tree". Teoria surgida pela primeira vez em 1920, no caso "Silverthotmr Lumber Co. v. Uinted States", no qual a Suprema Corte desconsiderou intimação expedida com base em informação havida em busca ilegal.

Aproveitar-se da metáfora do nome da Teoria sob apreciação, é como se o fruto fosse colhido de uma árvore sadia. Se não existe vínculo entre o fruto e árvore envenenada, aquele não se contaminou por esta.

Importante limite ao aproveitamento da doutrina dos frutos da árvore envenenada é a prevista na parte final do parágrafo transcrito. É a chamada limitação da fonte independente (“*independent source limitation*”) ou **exceção da fonte independente**.

Para exemplificar, Denílson Feitoza¹² relembra precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Bynum v. U.S.*, 1960): por ocasião de uma prisão ilegal fez-se identificação dactiloscópica, posteriormente excluída do processo, em face da sua patente ilicitude. Posteriormente, usou-se um antigo conjunto de planilhas dactiloscópicas guardadas em arquivo, que já haviam sido colhidas no local do crime, e como a fonte da prova foi independente da inicialmente colhida (que foi considerada ilícita), foi possível a condenação do réu.

O entrave aqui analisado esta em concordância com a jurisprudência do STF, que já vinha aplicando-a, mesma antes da nova previsão legal:

A questão da fonte autônoma de prova (“*an independent source*”) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida. Se a instituição da persecução penal comprovar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de provas – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.¹³

ILICITUDE DA PROVA. INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZ (OU PERANTE QUALQUER INSTANCIA DE PODER). INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instancia de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena ofensa á garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir provas em sede processual penal. A constituição da republica, em normas revestida em conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em base democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Publico, derive de transgressão a clausula

¹² STF PACHECO, Denílson Feitoza. Direito processual penal, p. 124.

¹³ RHC, 90.376/RJ, relator Ministro Celso de Mello, publicação DJ 18/05/2007, informativo 462.

de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, ate mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a formula autoritária do “male captum, bene retentum”. (...) A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ARVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTAO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. Ninguém pode ser investigado, denunciada ou condenado com base, unicamente, em prova ilícitas, quer se trate de ilicitude originaria, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo valido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originaria. A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade á garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusação em sede processual penal. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da arvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento anterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícito, obtido como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direito e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originaria. A QUESTAO DA FONTE AUTONOMA DE PROVA (“ANINDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA. DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). JURISPRUDENCIA COMPARADA (A EXPERIENCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920), SEGURA V. UNITED STATES (1985); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED”.

A recente reforma do processo penal (Lei nº 11.690/2008), como se viu, considerou a exceção da fonte independente, conceituando-a:

CPP, art. 157. (...)

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Conforme esse sentido, entretanto, o que o legislador brasileiro considerou como “**fonte independente**”, nos Estados Unidos é dito “*inevitable Discovery*”, ou “**descoberta inevitável**”, também a limitar a aplicação da Teoria dos frutos da árvore envenenada. O precedente paradigmático na Suprema Corte dos Estados Unidos é o caso *Nix v. Williams*, de 1984. Através de uma confissão ilicitamente obtida, chegou-se ao corpo da vítima de homicídio. Contudo, duas centenas de voluntários estavam procurando por ela nas redondezas, e certamente chagariam ao corpo, ainda que inexistisse a indicação do assassino. Então, como a descoberta do corpo da vítima teria resultado do desenvolvimento normal de investigação lícita, sem qualquer relação com a prova ilícita anterior, afastou-se a Teoria dos frutos da árvore envenenada.

Afinal, ressalte-se ainda que a simples presença de uma prova ilícita ou legítima no processo não o vicia de nulidade.

A prova ilegítima, a depender das circunstâncias, pode ainda produzir efeitos, em face da aplicação, por exemplo, dos princípios do interesse, do prejuízo, da convalidação ou da instrumentalidade das formas.

Por outro lado, a prova ilícita, por ser inadmissível, deve ser desentranhada dos autos, não lhe remanescendo qualquer resquício de eficácia. Assim determina expressamente a nova redação do art. 157 do CPP, dada pela Lei nº 11.690/2008:

CPP, art. 157. são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (...)

3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

O desentranhamento, segundo Feitoza¹⁴, à falta de previsão específica de recurso ou marco temporal, dar-se-á com o trânsito em julgado da sentença, ou por manifestação expressa das partes no sentido de que renunciam à eventual impugnação.

O remanescente do processo, por sua vez, desde que não contaminado pela prova ilícita, continua válido, devendo ter andamento sempre que restem outras provas autônomas e independentes, sendo perfeitamente válida eventual condenação, desde que apoiada em outras provas lícitas. Assim já se manifestou o STF, em acórdão proferido antes da LC 105/2007, que autorizou quebra do sigilo bancário, acrescentando-se também outros julgados, no mesmo sentido, desse mesmo Tribunal e do STJ:

¹⁴ PACHECO, Denílson Feitoza, Direito processual penal.

RECURSO DE HABEAS CORPUS: CRIMES SOCIETARIOS. SONEGAÇÃO FISCAL. PROVA ILICITA: VIOLAÇÃO DE SINGILO BANCARIO. COEXISTENCIA DE PROVA LICITA E AUTONOMA. INEPCIA DA DENUNCIA: AUSENCIA DE CARACTERIZAÇÃO. 1. as provas ilícitas, caracterizadas pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denuncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminada e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório. 2. Cuidando-se de diligencia acerca de emissão de notas frias, não se pode vedar a Receita Federal o exercício da fiscalização através do exame dos livros contábeis e fiscais da empresa que as emitiu, cabendo ao juiz natural do processo formar a sua convicção através do exame dos livros contábeis e fiscais da empresa que as emitiu, cabendo ao juiz natural do processo formar a sua convicção sobre se a hipótese comporta ou não conluio entre os titulares das empresas contratantes e contratadas, em detrimento do erário. 3. **Não estando a denuncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova licita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade.**¹⁵ 15 (grifou-se)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE EFEITO MODIFICATIVO COM FUNDAMENTO EM OMISSÃO. INEXISTENCIA DO VÍCIO ALEGADO. A questão da prova ilícita, decorrente da não-observancia de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão, foi debatida e rejeitada pela maioria, prevalecendo o voto divergente no sentido de **preservar a denuncia respaldada em prova autônoma, independente da que foi impugnada.** Embargos de declaração rejeitados¹⁶.

HABEAS CORPUS. BUSCA DOMICILIAR. PROVA ILICITA. I.-A condenação não se apóia apenas na busca domiciliar. É dizer, há, nos autos da ação penal, outras provas. II.- Exame aprofundado da prova: impossibilidade em recurso especial. III.- H.C indeferido¹⁷.
HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. (...) Se a sentença se fundou em outros elementos do conjunto probatório, independentes e lícitos, não se reconhece à apontada imprestabilidade da interceptação telefônica para embasar a condenação, em especial quando tal prova não se mostra ilícita¹⁸.

Uma decisão ou processo, então, não necessariamente serão nulos quando houver uma prova ilícita nos autos.

Em havendo outras provas a sustentar a decisão, será esta perfeitamente valida, como tem decidido o STF e o STJ:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL, HABEAS CORPUS. BUSCA DOMICILIAR. PROVA ILICITA. I.- A condenação não se apóia apenas na busca

¹⁵ STF RHC 74.807/MT, relator Ministro Mauricio Corrêa, publicado DJ 20/06/1997.

¹⁶ STF HC-ED 84.679/MS relator Ministro Eros Grau, publicado DJ 30/09/5005.

¹⁷ STF RHC 85.254/RJ, relator Ministro Mauricio Corrêa, publicado DJ 20/06/1997.

¹⁸ STJ, HC 43.243/SP, relator Ministro Gilson Dipp, publicação DJ 21/11/2005.

domiciliar. É dizer, há, nos autos da ação penal, outras provas. II. – exame aprofundado da prova: impossibilidade em recurso especial. III. – H.C indeferido.¹⁹ HABEAS CORPUS. 2. Não cabe, em habeas corpus, reapreciar fatos e provas. 3. A prova decorrente da escuta telefônica, sem apoio constitucional, não constitui o único elemento a basear o juiz condenatório, em ambos os graus. Certo, no caso, houve um conjunto de provas, referidas nas decisões condenatórias em causa, que levou os julgadores, em ambos os graus, de maneira uniforme, à condenação do paciente. 4. Habeas corpus indeferido²⁰. 20

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. DENUNCIA. RECEBIMENTO. PROVA ILÍCITA. EXISTENCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATORIOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INADMISSIVEL. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável o trancamento da ação penal ao argumento de utilização de prova ilícita, quando o convencimento do juiz advém de outros elementos que compõem o conjunto probatório. 2. A argumentação acerca da prova ilícita é insuficiente a fragilizar a denuncia e a persecução penal se outros elementos de prova compõem o conjunto probatório e, por si mesmo, atesta a viabilidade da exordial acusatória, apta a dar prosseguimento à ação penal. 3. Ordem denegada²¹. 21

HABEAS CORPUS. TRAFICO E ASSOCIAÇÃO. NULIDADE. PROVAS ILICITAS. INOCORRENCIA. INDICIOS SUFICIENTES. REAPRECIAÇÃO FATICA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. Inviável na via estreita do habeas corpus o exame fatio de forma a perquirir ausência de provas suficientes a corroborar a condenação, tendo em vista que tais circunstancias não se afigura fragrantas nos autos. **Não se admite a anulação do processo, sob a alegação de provas ilícitas, se os autos demonstram que o provimento condenatório exprimiui á exaustão a autoria do evento delituoso, fora inclusive da linha probatória indicada pela defesa como supostamente indevida. Ordem denegada²².**

Habeas corpus prova ilícita. Necessidade de comprovação da utilização da prova ilícita na sentença contentaria para declaração da nulidade do processo. (...) ordem denegada.

Analisando os julgados, a jurisprudência é pacífica no sentido de não se anular um processo pela simples existência de uma prova ilícita nele inserta, quando estiverem presentes outros meios que embacem adequadamente a decisão.

No caso concreto, de outra visão, poderão ocorrer diferentes conseqüências, dependendo da fase em que se encontra o procedimento administrativo ou o processo quando da declaração de ilicitude da prova. Nesse caminhar, pode haver, por exemplo, o arquivamento judicial do inquérito policial, a rejeição da inicial acusatória ou a absolvição do réu.

2.3 Provas Ilícitas e a Constituição Federal de 1988

A Lei Maior consagrou o Título II aos direitos e garantias fundamentais. Nesse, o Capítulo I cuidou dos direito e deveres individuais e coletivos.

¹⁹ STF RHC 85.254RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, publicação DJ 04/03/2005.

²⁰ STF HC 77.147/BA, Relator Néri da Silveira, publicação DJ 06/04/2001.

²¹ STJ HC 29.489/RS, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, publicação DJ 28/02/2005.

²² STJ HC 35.650/RJ, Relator José Arnaldo da Fonseca, publicação DJ 18/10/2004.

Dentre as mais diversas garantias deferidas aos que se submetem á nossa Constituição está a da vedação das provas ilícitas, insculpida no inciso LVI, art. 5º. “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Frente a isso, surgir o constituinte originário proibir o uso desse tipo de prova pelo Estado, que fica impedido de punir qualquer pessoa com base nela.

Ressalte-se que a abrangência dessa proibição compreende tanto o processo judicial, como o administrativo²³. Não juntam, por outro lado, o inquérito. Assim, eventuais provas ilícitas constantes do inquérito não viciam o processo. O inquérito é apenas uma peça informativa da denuncia ou queixa. Qualquer condenação do réu deve ser feita com base nas provas colidas do processo, garantido os direitos contraditórios e a ampla defesa, inexistente na fase inquisitorial. No entanto, alguns direitos devem, sim, ser respeitados:

Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinada a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso o inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio²⁴.

Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que instrução probatória própria. Decisão fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito²⁵.

Eventuais vícios ocorridos durante a realização do inquérito policial não implicam nulidade da ação penal em razão de ser peça meramente informativa e não probatória²⁶.

Deste modo, em geral, as irregularidades no inquérito em nada interferem na fase processual.

Ciente da vedação, outras garantias foram asseguradas, como as já citadas inviolabilidade das correspondências, das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados, da intimidade, do domicilio e etc. Algumas dessa garantias nasceram já na constituição do império e foram sofrendo evolução a cada nova constituição, bem assim a possibilidade de, excepcionalmente, serem afastadas.

Nesses casos, aquela que inicialmente seria uma prova ilícita ganha contornos de legalidade.

²³ Nesse mesmo sentido é a previsão do art. 30 da lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração pública Federal, assim, redigido: “São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos

²⁴ STF, HC 82.354/PR, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação DJ 24/09/2004.

²⁵ STF, RHC 85.286/SP, relator Ministro Joaquim Barbosa, publicação DJ 24/03/2006.

²⁶ STJ, HC 35.256/SP, relator Ministra Laurita Vaz, publicação DJ 20/03/2006.

Dando exemplo, tem-se a garantia do sigilo das correspondências e das comunicações, desde nossa primeira constituição, previsto de maneira absoluta. A primeira exceção veio à carta de 1937, que assim previu:

Art. 122. A constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito a liberdade, à segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes: (...).

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

Por sua vez, na CF/67 o direito à inviolabilidade do domicílio passou a ter a seguinte regra:

Art. 150, §10 – A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

Observa-se que o próprio constituinte repassou ao legislador ordinário, em ambos os casos, a competência para fixar exceções a essa garantia.

Por outro lado, o § 9º desse mesmo artigo constitucional previa a inviolabilidade das correspondências e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas sem, no entanto, fixar exceções. Assim estava redigido tal parágrafo: “são invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”.

A doutrina da época não era pacífica, sendo que alguns sustentavam a possibilidade de violação do sigilo telefônico, baseado no código de telecomunicações de então, enquanto jurisprudência contemporânea seguia o mesmo caminho de falta de consenso.

Atualmente, de acordo com a redação atual da Carta vigente, podem-se destacar algumas garantias, com as respectivas possibilidades de exceção, a saber:

Art. 5º (...)

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; (...).

Art. 136. O presidente da República pode, ouvidos o conselho da República e o conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I – restrições aos direitos de:

- a) Reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) Sigilo de correspondência;
- c) Sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; (...)

Art.139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art.137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...).

III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência ao sigilo das comunicações, à prestação de informações, a prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (...).

Observando, são variadas as garantias elevadas pelo constituinte. Contudo, esse mesmo constituinte fixou casos nos quais tais garantias deverão ser relevadas em prol do interesse público. Estando protegida por essas exceções, tais provas terão perfeita validade, e poderão ser usadas legitimamente nos processos que venham a impor alguma sanção ou obrigação aos súditos.

2.4 Princípios da vedação das provas ilícitas

A par dos princípios relativos às provas, já citados, 2.3 retro, alguns outros estreitamente vinculados às provas ilícitas serão aqui apontados.

Já referido em outros lugares, a Constituição Federal em vigor proíbe expressamente as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF/88).

Duas correntes se formaram: uma que admitia o uso das provas ilícitas, outra que não a aceitava.

Os defensores do uso das provas ilícitas invocavam o princípio do livre convencimento do juiz, aliado ao da verdade real. Assim, o que importava era a busca incessante pela verdade real dos fatos, não importando se isso levasse a violação dos direitos dos investigados. Essa tese encontrou defensores entre os alemães e norte-americanos, para os quais interesse da coletividade se sobrepunha a eventuais irregularidades na colheita das provas. Ademais, o raciocínio contrário levaria a tratar de forma indevida a autoridade policial que, na busca pelas provas, eventualmente se excedesse, em benefício do real criminoso. Porém, apesar de entenderem que a prova ilícita deveria, sim, ser considerada, defendiam sempre pela responsabilização daquele que produzia de forma indevida tal prova.

Assim sendo, a prova ilícita deveria ser utilizada, mas o responsável por ela também tinha de ser punido, de acordo com seu comportamento ilícito.

Apesar de que sob outros argumentos, os italianos também seguiam essa mesma linha, concluindo pela possibilidade de serem usadas no processo provas obtidas por meios ilícitos.

Dessa forma, não seriam passíveis de uso no processo apenas as provas que a lei processual assim proibisse expressamente.

Por outro lado, a corrente em prol da inadmissibilidade das provas ilícitas ganhou adeptos em todo o mundo.

Na Itália, a constituição buscou garantir os direitos da personalidade, declarando-os expressamente invioláveis:

A maior parte da doutrina italiana já tendia para a impossibilidade de uso das provas ilícitas, devendo prevalecer, na busca pela verdade, a moral e a lealdade, respeitando-se os direitos individuais fundamentais.

Por fim, em 1988, com a promulgação do código de processo penal italiano, previu-se expressamente a impossibilidade de uso de provas obtidas por meios ilícitos.

Na Alemanha percebe-se uma atenção especial dada aos valores humanos. Já em 1950, o legislador constitucional proibiu quaisquer tipos de maus-tratos, bem assim formas de reduzir a capacidade intelectual das pessoas, violência moral ou qualquer outra maneira indevida de se obter provas, considerando ilícitas, se assim produzida. De início, alguns julgados, mal interpretando tal regra, limitavam sua validade aos atos praticados pelo poder público, relegando ao juiz a capacidade discricionária de valorar as provas assim obtidas por particulares.

Poucos anos após, passou-se a admitir os princípios de que os direitos do homem devem ser respeitados por todos. Assim tal regra tornou-se também obrigatória entre particulares, e aplicável com base constitucional, independentemente de previsão expressa na legislação ordinária, o que foi um grande avanço para a época.

Por sua vez, nos Estados Unidos da América, foi a partir de 1961 que se consolidou a impossibilidade de uso das provas ilícitas nos processos criminais nos estados - membros. A decisão, que relevou definitivamente essa nova posição, foi proferida pela suprema corte no caso envolvendo "*Mapp v. Ohio*", o qual cuidava de apreensão residencial sem ordem judicial, como relembra Avalio 28. Ademais, acrescenta ainda que:

De modo geral, a jurisprudência da suprema corte americana considera ilegalmente obtida a prova quando ocorrer violação as Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV, que tratam, em síntese, respectivamente: o direito do povo a segurança de suas pessoas, casas, papeis e pertences contra registros, arrestos e seqüestro 'desarrazoados'; da necessidade de acusação formalizada, das garantias da coisa julgada, do habeas corpus, do *nemo tenetur se detegere* e do *due process of law*; do direito a um julgamento rápido e publico perante imparcial e natural; e da liberdade dos Estados de

reformarem suas leis procedimentais, vinculada ao respeito no fundo e na forma, á garantia do devido processo legal²⁷.

Tal inadmissibilidade leva o nome de *exclusionary rule*, ou principio da exclusão, ou, ainda, regra de exclusão.

Antes, em 1914, no caso “*Weeks v. United States*”, a Suprema Corte americana já havia fixado que esse principio valia para processos no âmbito federal, já que, naquele ordenamento jurídico, há vários sistemas processuais, um federal e diversos estaduais. Mas, como se viu, foi somente a partir do caso acima citado, em 1961, que tal Corte definiu a proibição de provas obtidas com violação á Constituição também nas Cortes estaduais.

Segundo Feitoza²⁸:

O fundamento que se tornou prevalente foi o da dissuasão ou prevenção de futuras violações. O propósito do ‘principio da exclusão’ é dissuadir, intimidar, prevenir – compelir ao respeito pelas garantias constitucionais da única maneira válida efetivamente – pela remoção do incentivo ao seu desrespeito. A finalidade primordial do ‘principio da exclusão’, se não a única, é prevenir a conduta policial ilícita.

Esse entendimento ressalte-se, vale para ilegalidades praticadas por agentes públicos, pois se entende que a Emenda IV é dirigida ao Estado. No entanto, a tendência atual naquele país é de que tais vedações sejam estendidas às violações praticadas por particulares.

Fora as correntes citadas, uma terceira tem tomada vulto, e tem encontrado respaldo na jurisprudência nacional, de forma excepcional. Trata-se do uso temperado dessas duas correntes, tendo como regra a impossibilidade do uso da provas ilícitas, mas exceções, de acordo com o principio da proporcionalidade visto adiante.

2.5 Princípios dos frutos da árvore envenenada

É objeto da teoria, originaria do Direito norte-americano, conhecida como *fruits of the poisonous tree*. Segundo esse principio, uma árvore envenenada não pode produzir bons frutos. Portanto, quando uma prova for produzida por estrutura ilícita, tal como escuta ilegalmente realizada, não se podem acolher as provas que daí sucedida.

Como citado no item 2.2, quando a prova originaria é ilícita, ilícita também será a dela derivada, em vista de sua contaminação. Assim, diz-se que há ilicitude por derivação. A prova derivada é ilícita por si só. Como exemplo, cite-se um documento qualquer, que, em

²⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

²⁸ PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis. Rio de Janeiro: Impetrus, 2005, p.813.

geral, se consubstancia numa prova lícita. No entanto, se tal documento foi obtido através de uma busca domiciliar não autorizada, torna-se ilícito por derivação, e não poderá ser utilizada no processo.

2.6 Princípio da proporcionalidade

Partindo desse princípio, pode-se contrapor a vedação constitucional às provas ilícitas ao direito, também constitucional, ao devido processo legal e à ampla defesa. Assim, se o uso de uma prova ilícita configura-se na única possibilidade de alguém prova sua inocência, a mesma pode ser considerada. Nesse caso, interessante notar que tal prova, quando enquadrada nessa regra excepcional, perderia o caráter de ilicitude ou antijuridicidade, passando, então, a ser tida por prova lícita.

O princípio da proporcionalidade foi amplamente utilizado na Alemanha do pós-guerra, sob o argumento de que nenhuma garantia constitucional é absoluta, podendo ceder em situações excepcionais, quando se conclui por priorizar um princípio de maior relevância social em detrimento de outro, de menor valor.

Assim, tem como base o equilíbrio, a proporcionalidade entre valores contrastantes. Dessa forma, o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior relevância social.

Sabe-se que não existe hierarquia entre os princípios. Devem sempre ser analisados no caso concreto, atribuindo-se valor a cada um dos princípios envolvidos. Se existir alguma circunstância mais importante a ser protegida que a vedação o uso das provas ilícitas, pode-se, aplicando-se este princípio da proporcionalidade, afastar aquela proibição.

Assim explica LOPES JR.²⁹:

“Atualmente, predomina o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos e, em certos casos, podem ser limitados no processo penal.”

Para exemplificar, tome-se um réu inocente, que possui como única prova de sua condição um documento obtido ilicitamente, seja de forma direta, seja derivada. Nesse caso, entre punir um inocente, e considerar tal prova como apta a garantir-lhe a absolvição, seguindo esse princípio, deve-se optar pelo segundo caminho.

²⁹ LOPES JR., Aury. Introdução Crítica Processo penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

Como se percebe, o princípio da proporcionalidade tem lugar em situações nas quais, usando-se validamente uma prova ilícita, possa ser absolvido um réu. Outro caminho não é possível. Assim, não pode o estado fazer uso de uma prova ilícita para um réu.

Então, poder-se-á admitir uma prova ilícita no processo, excepcionalmente, quando tal providencia seja favorável ao réu. Essa posição é praticamente unânime na doutrina nacional.

No entanto, a aplicação desse mesmo princípio, quando a decisão é favorável à sociedade, não é assim tão pacífica.

Um de seus defensores é o professor Fernando Capez, que assim se manifesta sobre o assunto³⁰:

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio, e a segurança, bens também protegidos por nossa constituição, o juízo, utilizando de seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, a qual seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, a qual ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.

Nesse sentido, interessante acórdão do STF.

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16.649). A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção ao princípio da proporcionalidade, a qual deve ser empregada *pro reo ou pro societate*.

Portanto, o uso do princípio da proporcionalidade não seria exclusivamente a favor do réu. Pode-se fazer uso dessa mesma teoria em prejuízo de alguém, mas em favor da sociedade, e sempre pela via excepcional, levando-se em conta o caso concreto, com atenção à razoabilidade da medida, e o adequado temperamento entre a violação de um direito e o atendimento a outro de maior importância.

³⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva.

3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA.

A vida atual proporciona inúmeros meios de comunicação, como *fax*, telefones, *Internet*, celulares, sempre susceptíveis de intromissão indevida, violando o direito constitucional à intimidade e à vida privada³¹.

Neste Capítulo é analisada a questão das interceptações telefônicas à luz da ordem constitucional e da legislação que especificamente trata do assunto.

3.1 Conceito e Regras Constitucionais

A vida em sociedade, como se viu, impõe limites e regras a serem seguidas, não havendo direitos absolutos.

Nesse rumo, a mesma Carta Magna previu situações nas quais essas garantias poderiam ser relevadas, em evidente menção à teoria da proporcionalidade³². Assim fixou seu 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.

Analisando o inciso transcrito, ressaltam-se as importantes considerações do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, no RE 219.780/PE:

Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado (...) é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da Comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências etc.³³.

³¹ CF/88, art. 5º, x: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³² O princípio da proporcionalidade foi visto no item 3.6.

³³ STF, RE 219.780/PE, relator Ministro Carlos Velloso, publicação DJ 10/09/1999.

No mesmo sentido, é o pronunciamento do Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, quando da apreciação do MS 21.729/ DF³⁴, onde consignou que: *"no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege (...) é a comunicação "de dados" e não os "dados", o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse"*.

Em idêntica direção, a CF/88 previu também exceções nos casos de estado de defesa e de estado de sítio:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de: (...).

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; (...).

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...).

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (...).

Para que se torne possível à adequada compreensão do que seja a interceptação e a gravação clandestina, fundamental distinguir bem esses dois institutos.

Nos termos postos no Dicionário Brasileiro Globo³⁵, interceptar pode ter o sentido de interromper seu curso, deter, impedir, fazer parar ou deter na passagem, aqui se pretende, captar ou apreender (aquilo que é dirigido a outrem) sem que disso se apercebam os que a emitem e recebem.

Assim, é o ato de interferir nas comunicações telefônicas, de modo a impedi-la ou de forma a ter acesso ao seu conteúdo.

Dessa forma, têm-se dois aspectos distintos da interceptação: o primeiro diz respeito ao impedimento da realização da comunicação; o segundo, ao conhecimento através da escuta.

Naturalmente, na interceptação, necessário se faz a existência de um terceiro, que capta a comunicação em seu *iter*, ou seja, a gravação por um dos que faz parte da conversa não se enquadra no conceito de interceptação. O fato de algum dos interlocutores terem ciência de tal ocorrência classifica-a como escuta, mas não muda sua essência, podendo trazer conseqüência outras, vistas oportunamente.

³⁴ STF, MS 21.729/DF, relator Ministro Marco Aurélio, publicação DJ 19/10/2001.

³⁵ Dicionário Brasileiro Globo/Francisco Fernandes, Celso Pedro Luft, F. Marques Guimarães. – 45. ed. – São Paulo: Globo, 1996.

Para concretização da interceptação pouco importa se há ou não gravação, basta o conhecimento, a mera escuta.

Por outro lado, tem-se a gravação clandestina quando um dos interlocutores grava a própria conversa, à revelia do outro.

Em seguida são vistas as diversas espécies de interceptação e gravação.

3.2 Espécies de Interceptação e Gravação

Como se viu no item precedente, interceptação é a captação de comunicação telefônica por terceiro, sem o conhecimento da partes envolvidas no ato.

A gravação, por sua vez, diz respeito ao ato de registra conversa própria, ou seja, registro por um dos interlocutores.

Quando há conhecimento de uma das partes, diz-se haver escuta. Será escuta telefônica sempre que esse for o meio usado para a comunicação. Diz-se escuta ambiental quando comunicação captada dá-se entre presentes, com o conhecimento de um deles.

Se a captação ambiental é feita sem o conhecimento dos interlocutores há interceptação ambiental.

A diferenciação entre interceptação e escuta é de fundamental importância, uma vez que a Constituição proíbe expressamente a interceptação, quando feita fora dos casos previstos na lei própria.

Dessa forma, em regra, perfeitamente lícitas a gravações clandestinas e as escutas telefônica e ambiental, pois não são proibidas:

GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO Súmula 282 - STF. I - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa³⁶.

Segundo o magistério jurisprudencial, a gravação de conversa; realizada por um dos interlocutores é considerada como prova lícita, não configurando interceptação telefônica, e serve como suporte para o oferecimento da denúncia, tanto no que tange à materialidade do delito como em relação aos indícios de sua autoria³⁷.

No entanto, há que se ressaltar que a gravação em si não é vedada, mas pode haver violação à intimidade do outro, se divulgado o conteúdo captado.

A jurisprudência pátria tem analisado com cautela caso a caso, à luz das garantias

³⁶ STF, AI 503.617 AgR/PR, relator Ministro Carlos Velloso, publicação DJ 04/03/2005.

³⁷ STJ, HC 41.615/MG, relator Arnaldo Esteves Lima, publicação DJ 02/05/2006.

constitucionais, tanto daquele que fez a gravação, quanto daquele interlocutor que não sabia dela. O trato jurisprudencial da matéria será analisado adiante.

3.3 Trato Legislativo – Lei nº.9.296/1996

Com a promulgação da atual Constituição, em 1988, surgiu a possibilidade expressa de violação do sigilo das comunicações telefônicas, desde que por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal.

Na ordem constitucional anterior havia a garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, excetuando-se apenas os casos de estado de sítio ou situações emergenciais:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

§ 9º São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

Art.152. O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio nos casos de:

I - grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção;

II - guerra. (...).

§ 2º O Estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas: (...).

e) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; (...).

Nessa época vigorava o Código Brasileiro de Telecomunicações³⁸, o qual previa que não constituía violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste (art. 57, II, e). Havia significativa discussão quanto à constitucionalidade dessa regra, tanto na esfera doutrinária quanto na jurisprudencial.

Conforme já mencionado, nova regra surgiu com a Carta de 1988. Outra divergência nasce, desta vez com relação à necessidade de uma nova lei a tratar do assunto, ou da recepção do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Como se percebe da transcrição do voto a seguir, de lavra do ilustre Ministro Maurício Corrêa, relator do HC72.588, para o STF, essa previsão do CBT não foi recepcionada:

(...) não há que se argumentar com o Código Brasileiro de Telecomunicações, cujo artigo 57, inciso II, alínea 'e', não foi recepcionado, pela Carta Política atual, em face da natureza do conceito emitido pelo inciso XII, do artigo 5º, a exigir, *numerus clausus*, definição das "hipóteses e formas" para a outorga da autorização judicial (...)³⁹.

³⁸ Lei n.º 4.117/1968.

³⁹ STF, HC 72.588/PB, relator Ministro Maurício Corrêa, publicação DJ 04/08/2000.

Também o Pleno do STF já havia se manifestado nesse mesmo rumo:

PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: 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 de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante indeferimento inicial 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 livres da 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); consequente 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 - a 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 paciente⁴⁰.(grifou-se) .

Por sua vez, segundo Grinover, Scarance Fernandes⁴¹ e Gomes Filho havia necessidade de nova lei regulando o assunto. Assim se manifestaram:

Assim, não se pode dizer que o Código de Telecomunicações supra a exigência constitucional. Enquanto não for promulgada: a lei disciplinadora das hipóteses e formas das interceptações (escutas telefônicas, não há base legal para a autorização judicial e as operações técnicas porventura efetuadas serão ilícitas subsumindo-se à espécie o inc. LVI do art. 5º da Constituição).

De outro lado, outros entendiam que era perfeitamente aplicável o Código Brasileiro de Telecomunicações, como o mestre Damásio de Jesus⁴² e parte da jurisprudência, como se vê do julgado cuja ementa é transcrita a seguir, no qual se considerou válida interceptação em face da existência de autorização judicial, concedida antes da vigência da Lei n.º 9.296/1996:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. Prisão preventiva. Decreto suficientemente fundamentado na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Regularidade. 2. Escuta telefônica e busca e apreensão. Alegação de provas obtidas por meios ilícitos. Tendo o Tribunal *a quo* afirmado que houve a necessária autorização judicial para obtenção das provas, inviável a contestação dessa questão de fato na via sumaríssima do *writ*. (...) *Habeas corpus* indeferido.

De qualquer forma, como se viu o STF considerava tal norma constitucional como de

⁴⁰ STF, HC 69.912/RS, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado DJ 25/03/1994.

⁴¹ Grinover, Ada Pellegrini, Fernandes, Antônio Scarance, Gomes Filho - Nulidades no processo penal - 9 ed: Editora RT 2006.

⁴² Jesus, Damásio E. Código de processo Penal Anotado. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

eficácia limitada, ou seja, necessitaria de lei para que produzisse validamente todos seus efeitos.

Reproduz, para maior clareza, trechos do magistral voto do Ministro Maurício Corrêa, relator do *HC 72.588*⁴³, onde se consta que entende não ser legítima qualquer escuta telefônica anterior à vigência da Lei n.º 9.296/96:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se consolidado no sentido de se reconhecer como ilícita prova produzida por meio de 'grampeamentos' telefônicos, mesmo no regime da Constituição de 1969, como se vê nos julgamentos dos Recursos Extraordinários n.ºs 85.439, de 11/11/1977, Rel. o Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ84/609* (...) e no *HC* n.º. 63.834, Rel. o Min. Célio Borja, *in RTJ*, 122/47.

Nesse *habeas-corpus*, o Min. Célio Borja anotou que 'os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal' (*TRf122/47*).

Essa orientação foi reiterada no julgamento do *HC* n.º. 69.912, Rel.min. Sepúlveda Pertence, realizado no dia 30/06/93, portanto já em plena vigência do atual texto constitucional (...).

Ora, Sr. Presidente, a clareza do enunciado no inciso XII do artigo 5º da Carta Política, não deixa nenhuma sombra de dúvida ao estabelecer que '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'.

Claro está, pois, que é impossível a interceptação telefônica mediante autorização judicial, 'na forma que a lei estabelecer', mas para tanto torna-se indispensável a *interpositio legislatoris*, sem o que, toda e qualquer prova obtida, enquanto não haja lei que regulamente o dispositivo, é ilícita e, a meu ver, nenhum efeito pode produzir, por ser além de ilícita, inteiramente inidônea. Daí porque quem nessa situação se coloca, não pode sequer ser objeto de investigação criminal, e com muito mais razão não pode ser denunciado, julgado ou condenado.

Não havendo ato legislativo que discipline o mecanismo do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, é de aplicar-se o comando constitucional do inciso LVI, desse mesmo artigo, que prescreve serem 'inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'. (...)

Fosse a prova para abertura dessa ação penal também alicerçada em outros indícios ou elementos estranhos à interceptação telefônica, estaria disposto a dar outro rumo a minha conclusão.

Todavia, como os autos levam a uma única prova, caracteriza iniludivelmente a encampação daquela regra insculpida na jurisprudência e na doutrina americanas, e nesse Plenário tantas vezes reproduzidas, dos '*fruits of the poisonous tree*', ou seja, da contaminação de todo o conjunto probatório, por vício em sua formação. (...)

Além da clareza do enunciado no inciso constitucional prescritivo, e antes que haja lei que o discipline, a prudência aponta para que se ponha um paradeiro nesse despautério de interceptações telefônicas (...).

Enquanto não houver lei que nas hipóteses e na forma da lei autorize essas

⁴³ STF, *HC 72.588/PB*, relator Ministro Maurício Corrêa, publicação DJ 04/0/2000.

gravações, creio não dever o Supremo Tribunal Federal emprestar a sua interpretação para que se continue a perpetuar esse achincalhe e ultraje em que se tem transformado a escuta telefônica para objetivos tão baixos, pérfidos e soezes, em prejuízo da privacidade que a Constituição Federal garante aos cidadãos.

Ante todo o exposto, conheço do presente writ, e o defiro par trancar a ação penal instaurada, declarando nulos todos os atos praticados que tiveram como base a gravação telefônica (...).

Em todo caso, em 1996 essa controvérsia deixou de existir. Assim, em 24 de julho desse ano, fez-se promulgar a Lei nº. 9.296, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art.5 da Constituição Federal de 1988, ou seja, as hipóteses em que é possível a interceptação telefônica e a forma de ser efetivada.

Referida Lei, além de tratar das comunicações telefônicas cuidou também da interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (art. 1º, parágrafo) único, ou, em síntese, das comunicações de dados.

Parte da doutrina⁴⁴ considera inconstitucional tal parágrafo visto que a CF /88 expressamente excepciona da inviolabilidade é comunicações telefônicas, somente ("... salvo, no último caso..."art. 5º, XII).

Defendendo essa tese, foi proposta, junto ao STF, um Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja Medida Cautelar foi indeferida em face da ausência do *periculum in mora*, ainda que relevantes os fundamentos da ação proposta:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Parágrafo único d art. 1º e art. 10 da Lei nº. 9.296, de 24/7/1996. 3. Alegação de ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da Constituição Federal, ao instituir a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática 4. Relevantes os fundamentos da ação proposta. Inocorrência de *periculum in mora* a justificar a suspensão da vigência do dispositivo impugnado. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Medida cautelar indeferida.⁴⁵

No entanto, a Decisão Monocrática Final, sem julgamento do mérito, proferida pelo Ministro Néri da Silveira foi a seguinte: "Do exposto, nego seguimento a presente ação direta de inconstitucionalidade, por ilegitimidade ativa *ad causam* da requerente. Publique-se. Brasília, 09 de março de 2001".

Por outro lado, não são poucos os que defendem a validade dessa previsão⁴⁶. Pautam-se, entre outros, em dois principais argumentos: Em primeiro lugar, nenhuma

⁴⁴ Como Vicente Greco Filho e Ada Pellegrini Grinover.

⁴⁵ STF, ADI 1.488 MC/DF, relator Ministro Néri da Silveira, julgamento pelo Pleno e 07/11/1996, publicação DJ 26/11/1999.

⁴⁶ Alexandre de Moraes, Denilson Feitoza Pacheco.

liberdade é absoluta, cabendo regramento, por parte do legislador, respeitados determinados limites fixados pela exegese constitucional, uma vez que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Outro argumento é magistralmente trabalhado por Pacheco⁴⁷ que trata da questão das comunicações de dados feita pelos sistemas de telecomunicação:

Na Lei nº 9.296/1996, a interceptação de comunicações telefônicas se refere, minimamente, às comunicações de voz humana de outros sons audíveis feitas pelos sistemas de telecomunicações destinados aos serviços de telefonia, mas abrange a transmissão, emissão ou recepção de símbolos caracteres, sinais, escritos, imagens, som, dados ou informações de qualquer natureza que também transitem por tais sistemas (...)

É bem verdade que estamos chegando a uma época em que provavelmente, todos os sinais eletromagnéticos que possibilitam a telefonia acabarão sofrendo processamento de dados e serão tratados como dados ou informações computadorizados quando então todas as comunicações telefônicas também serão necessariamente comunicações de dados. Mas, apesar d, enorme área comum de intersecção hoje existente, ainda são possíveis situações em que são distintas.

Não há dúvida de que as comunicações de dados feita, pelos sistemas de telecomunicação destinados à telefonia são submetidos à Lei 9.296/1996 nos seus exatos termos, inclusive quanto às hipóteses de incidência.

Nesse sentido, aplicando livremente tal parágrafo discutido, assim decidiu o STJ:

*HABEASCORPUS SIGILO DE DADOS. QUEBRA. BUSCA E APREENSÃO. INDÍCIOS DE CRIME. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. LEGALIDADE. CF, ART. 5º, XII. LEIS 9.034/95 E 9.296/96. Embora a Carta Magna, no capítulo das franquias democráticas ponha em destaque o direito à privacidade, contém expressa ressalva para admitir a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), por ordem judicial. A jurisprudência pretoriana é unissonante na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, bem como ao sigilo de dados, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um direito absoluto, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público. A legislação integrativa do cânon constitucional autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, "o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancários, financeiras e eleitorais" (Lei nº. 9.034/95, art. 2º, III), bem como "a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática" (Lei nº. 9.296/96, art. 1º, parágrafo único). *Habeas corpus* denegado⁴⁸.*

CRIMINAL. HC. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. (...) Não há ilegalidade na decisão que decreta a quebra dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático do paciente, se devidamente demonstrada tanto a presença de indícios suficientes de participação em crime, como a peculiaridade de ser a única forma eficaz e disponível para a elucidação dos

⁴⁷ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis*. Rio de Janeiro: impetus, 2005, p. 929.

⁴⁸ STJ, HC 15.026/SC, relator Ministro Vicente Leal, publicação DJ 04/11/2002.

fatos⁴⁹.

Um terceiro argumento foi elaborado pelo Ministro Marco Aurélio, na petição nº. 577, onde demonstrou que o inciso XII do art. 5º da CF /88 contempla apenas dois casos, nos seguintes termos: a) sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; b) dados e comunicações telefônicas. Somente a segunda hipótese contém uma inviolabilidade relativa.

Parece-nos que a possibilidade de violação do sigilo de dados é a melhor interpretação.

De fato, em havendo limites fixados na legislação em concordância com os princípios constitucionais, e confrontando-se os direitos dos cidadãos com a necessidade de proteção sociedade, com respostas justas e eficientes, não cabe outra conclusão senão a de que tal tipo de interceptação é perfeitamente regrado pela lei em questão.

Ademais, leve-se em consideração também a evolução tecnológica e a necessidade de combate criminalidade, esta cada vez mais sofisticada.

Posta essa discussão quanto à validade dessa lei, no que concerne às interceptações de comunicações de dados, serão analisadas suas principais regras relativas à comunicação telefônica.

Em consonância com o texto constitucional, a Lei fixou e pressupostos para a autorização judicial de interceptação telefônica bem como os requisitos para seu pedido. No entanto, com técnica legislativa questionável, o legislador preferiu estabelecer os casos em que não cabe a interceptação, como se esta fosse a regra é a proteção à intimidade, a exceção, sua violação.

Em todo caso, assim ficou redigido o art. 2º dessa lei:

Art. 2º Não será admitida à interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salve impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Assim, como principais pressupostos e requisitos para deferimento do pedido de interceptação, tem-se:

⁴⁹ STJ, HC 20.087/SP, relator Ministro Gilson Dipp, publicação DJ 29/09/2009.

- I - finalidade de obtenção de provas em investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, CF/88 e art. 1º, Lei nº. 9.296/96);
- II - existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I, Lei nº. 9.296/96);
- III - inviabilidade de a prova ser feita por outros meios (art. 2º, II, Lei nº. 9.296/96);
- IV - que o fato investigado constitua infração penal punida com pena de reclusão ou de morte (art. 2º, III, Lei nº. 9.296/96);
- V - que seja descrita com clareza a situação objeto da investigação (art. 2º, parágrafo único, primeira parte, Lei nº. 9.296/96);
- VI - que sejam indicados e qualificados os investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (art. 2º, parágrafo único, segunda parte, Lei nº. 9.296/96);
- VII - demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal (art. 4º, primeira parte, Lei nº. 9.296/96);
- VIII - indicação dos meios a serem empregados (art. 4º, segunda parte, Lei nº. 9.296/96);
- IX - forma escrita, podendo, excepcionalmente, ser admitido pedido formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo (art. 4º, § 1º, Lei nº. 9.296/96).

Os quatro primeiros itens são os pressupostos para decretação da interceptação, enquanto que os seguintes são requisitos do pedido de decretação ou, no caso de ser ela determinada de ofício (art. 3º), requisitos da própria decisão.

Destaque-se que não há hipótese de cabimento de interceptação a ser efetivada em procedimentos puramente administrativos, civis ou trabalhistas, limitando o texto constitucional, expressamente, à esfera penal/criminal.

Acrescente-se que, em que pese à dificuldade de provar-se que não é possível a prova através de outros meios, é um requisito indispensável.

Quanto à gravidade do crime, são sopesadas duas situações, antagônicas: de um lado a garantia da inviolabilidade da intimidade de outro, a necessidade de obter provas relacionadas com crime. A solução do legislador caminhou no sentido de apenas ser possível tal violação nos crimes mais graves, ou seja, naqueles punidos com a pena máxima de detenção não será possível à decretação da medida excepcional.

No entanto, acabou por criar uma regra genérica que não considera situações particulares. De um lado, há crimes punidos com reclusão, como o de furto (art. 155, CP), que não são tão graves a ponto de justificar uma violação dessas. De outro, crimes punidos com detenção que poderiam ser facilmente resolvidos com essa ferramenta, como o de ameaça (art. 147) muitas vezes feita por telefone.

Por outro ângulo, para o STF:

Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e prova coletadas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexo aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação. Para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção⁵⁰.

No mesmo sentido, segundo o STJ:

DELITOS APENADOS COM DETENÇÃO. LICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. (...) XII. Se, no curso da escuta telefônica - deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão - são descobertos outros crime conexos com aqueles, punidos com detenção, não há porque excluí-los da denúncia, diante da possibilidade de existirem outra: provas hábeis a embasar eventual condenação. XIII. Não se pode aceitar a precipitada exclusão desses crimes, pois cabe ao Juiz de causa, ao prolatar a sentença, avaliar a existência dessas provas e decidir sobre condenação, se for o caso, sob pena de configurar-se uma absolvição sumária do acusado, sem motivação para tanto⁵¹.
PROVA. ESCUTA TELEFÔNICA. ILICITUDE INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE (...) 2. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio d interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com fato criminoso objeto da investigação⁵².

Além da indispensável necessidade de fundamentação, sob pena de nulidade, a decisão indicará também a forma de execução de diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (art. 93, IX, CF/88 e art. 5º, Lei nº. 9.296/96). Segundo a jurisprudência tradicional do STF⁵³, "é possível à prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua", não configurando desrespeito ao art. 5º, *caput*, da Lei nº. 9.296/96.

Ainda sobre o prazo de duração da diligência, importante trazer à colação magistério proferido pelo ilustre Ministro Joaquim Barbosa, relator no *HC84. 301*:

Essa aparente limitação do prazo para realização das interceptações telefônicas não constitui óbice à renovação de pedido de interceptação telefônica por mais de uma vez.

Isso porque, se persistirem os pressupostos que conduziram decretação da interceptação telefônica e forem as prorrogação devidamente fundamentadas pelo magistrado, não há obstáculos para a renovação, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. (...)

A questão há de ser examinada pelo ângulo da razoabilidade. U autorização judicial com o restrito prazo de 30 dias (na hipótese de ser admitir uma única renovação) não teria efetividade alguma em nosso país. Em primeiro lugar, porque existe todo um trâmite a ser superado a fim de que a decisão jurisdicional seja cumprida a contento. Além disso, há de se considerar que as interceptação telefônicas foram autorizadas para investigação de organização criminosa extremamente complexa (...).

Não seria razoável, portanto, a limitação das escutas telefônica a apenas 30 dias}

⁵⁰ STF, *HC 83.515/RS*, relator Ministro Nelson Jobim, publicação DJ 04/03/2005.

⁵¹ STJ, *ROHC 13.274/RS*, relator ministro Gilson Dipp, publicado DJ 29/09/2003.

⁵² STJ, *HC 33.553/CE*, relatara Ministra Laurita Vaz, publicação DJ 11/04/2005.

⁵³ STF, *HC 83.515/RS*, relator Ministro Nelson Jobim, publicação DJ 04/03/2005.

pois, pelo que consta dos autos, todas prorrogações foram devidamente fundamentadas e feitas dentro do prazo, presentes, à época, todos os requisitos que autorizavam. Entendimento contrário levaria à total ineficácia da medida, que, atualmente, se apresenta como importante instrumento de investigação e apuração de ilícitos.

Conclui-se que, quanto ao prazo, a Lei não limita a uma única renovação por igual período. Atendidas as características do caso concreto, sempre que adequadamente motivadas, poderá haver sucessivas prorrogações, enquanto for indispensável tal meio de prova.

Mais recentemente, entretanto, em face de inúmeros acirrados debates travados no seio da sociedade brasileira acerca das incontáveis interceptações em curso no país, a par da regulação levada a cabo pelo CNJ⁵⁴ e das discussões para alteração das regras para tal violação, o STJ passou a entender que deve haver sim limitação às prorrogações das interceptações.

Note a informação divulgada no sítio do STJ em 09/09/2008:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÕES SUCESSIVAS.

Trata-se de *habeas corpus* em que se pugna pela nulidade *ab initio* do processo penal, visto que sua instauração deu-se com base em provas ilícitas, ou seja, decorrentes de interceptação telefônica cuja autorização foi sucessivamente renovada e os investigados: ora pacientes, foram assim monitorados por um prazo superior a dois anos. A Turma entendeu que, no caso, houve sim violação, do princípio da razoabilidade uma vez que a Lei n.º 9.296/1996 no seu art. 5º, prevê o prazo de 15 dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15, caso seja comprovada; indispensabilidade desse meio de prova. Assim, mesmo que fosse o caso de não haver explícita ou implícita violação desse dispositivo legal, não é razoável que a referida interceptação, seja prorrogada por tanto tempo, isto é, por mais de dois anos. Ressaltou-se que, no caso da referida lei, embora não esteja claro; a hipótese de ilimitadas prorrogações cabe ao juiz interpreta tal possibilidade. Contudo, dada à natureza da norma que aludi à restrição da liberdade, o que está ali previsto é uma exceção à regra. Se o texto legal parece estar indeterminado ou dúbio cabe a esta Corte dar à norma interpretação estrita, face a sua natureza limitadora do direito à intimidade, de modo a atender ao verdadeiro espírito da lei. Com isso, concedeu-se a ordem de *habeas corpus* a fim de reputar ilícita a prova resultante de tanto dias de interceptações telefônicas e, conseqüentemente, declara nulos os atos processuais pertinentes e retomar os autos ao juiz originário para determinações de direito⁵⁵.

Pela importância dessa nova orientação, reproduz-se íntegra do acórdão publicado: “Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade”.

⁵⁴ CNJ, Resolução n.º. 59, de 09/09/2008, noticiada no *Informativo* 519 do STF.

⁵⁵ STJ, HC 76.686/PR, relator Ministro Nilson Naves, votação unânime, julgado em 09/09/2008, publicação DJ 10/11/200.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".
2. Foi por meio da Lei nº. 9.296, de 1996, que o legislado regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional - e bem explícito - em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto renovação - "renovável por igual tempo uma vez comprovada indispensabilidade do meio de prova".
3. Inexistindo, na Lei nº. 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.
4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outro: a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem liberdade humana (Maximiliano).
5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº. 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº. 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.
6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retomar as mãos do Juiz originário para determinações de direito.

Fundamental analisar com prudência essa nova orientação jurisprudencial.

De fato, os princípios devem sempre ser observados, mas, muito, além disso, devem ser ponderados. Se em contraposição estão o direito à intimidade e a necessidade da interceptação, não pode julgador se olvidar da relatividade daquele, mormente quando demonstrada a necessidade do afastamento do direito em comento para o adequado desenrolar da investigação. Se bem individualizada a necessidade de prorrogações sucessivas das escutas, em face da evolução da investigação, não parece tal proceder incidir em afronta ao princípio da razoabilidade. Levando-se em conta apenas este, não é possível aferir-se qual seria o prazo adequado, ou quantas seriam as prorrogações possíveis. Nesse rumo, apenas a análise do caso concreto poderá levar à conclusão quanto à adequação ou não da interceptação e suas sucessivas prorrogações.

No que concerne à legitimidade, podem pedir a decretação de interceptação telefônica a autoridade policial, na investigação criminal, e o representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, além da já citada possibilidade de decretação *ex officio* (art. 3º, I e II, Lei nº. 9.296/96).

Note que, a interceptação telefônica para fins de investigação criminal pode se efetivar antes mesmo da instauração do inquérito policial, pois nada impede que as investigações precedam esse procedimento. A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal.

Os procedimentos de interceptação, depois de deferido o pedido, serão conduzidos pela autoridade policial, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização (art. 6º, Lei nº. 9.296/96). "Na linha do art. 6º, *caput*, da Lei 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia", mas "não se anula o procedimento por ausência de intimação do Ministério Público para acompanhar as diligências, ante a ausência de comprovação de prejuízo à parte"⁵⁶.

A autoridade policial poderá, por expressa determinação legal, requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7º, Lei nº. 9.296/96).

Se for possível a gravação da comunicação interceptada, a autoridade determinará a sua transcrição (art. 6º, § 1º, Lei nº. 9.296/96). Uma vez cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas (art. 6º, § 1º, Lei nº. 9.296/96). Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas, o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). No mesmo sentido, é desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV; da Constituição da República).

A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (art. 8º Lei nº. 9.296/96). Assim, buscam-se a proteção da intimidade do investigado, somente tendo acesso ao conteúdo interceptado juiz e seus serventuários, além das partes. Porém, tendo sido respeitado o sigilo das diligências, o fato da interceptação não te operado em autos apartados não induz à nulidade do procedimento se a impetração não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de qualquer prejuízo ao paciente advindo dessa irregularidade.

Sempre que a gravação feita não interessar à prova, será e inutilizada por decisão

⁵⁶ ST J, HC 43.234/SP, relatar Ministro Gilson Dipp, publicação DJ 21/11/2005.

judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, que não necessariamente será réu, podendo ser terceiro que teve sua conversa indevidamente gravada (art. 9º, Lei nº. 9.296/96).

Por fim, a mesma Lei tipificou como crime a realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou a quebra de segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, fixando pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa (art. 10, Lei nº. 9.296/96). Como se nota, a lei fixou duas condutas típicas: interceptar e divulgar o conteúdo. O primeiro tipo é um crime comum, praticado por qualquer terceira pessoa, alheio à comunicação violada, sendo possível à tentativa. No segundo, a quebra do sigilo é crime próprio, praticado por funcionário público (art. 327, CP), no exato momento em que indevidamente divulga o conteúdo a terceiro, portanto, é crime instantâneo.

Acrescente-se, ainda, um comentário acerca da captação interceptação ambiental.

Quando levada a cabo esse tipo de captação em locais público como ruas, centros comerciais, estádios, não há se falar em prova ilícita, por não violar a intimidade alheia, como já decidiu o STF, que deixou firme a possibilidade de utilização, como prova, “de gravação de diálogo transcorrido em local público, sem estar em causa a proibição constante do inciso XII do art. 5º da Constituição”⁵⁷.

Por outro ângulo, é patentemente ilícita a gravação ambiente captada em local particular, pois ofende o direito à intimidade. Porém, fazendo uso do já citado princípio da proporcionalidade pode o julgador, analisando o caso concreto, fazer uso desse tipo de prova, confrontando os direitos envolvidos.

Para este segundo caso o legislador previu uma possibilidade expressa de exceção: nos casos de crimes praticados por organizações criminosas, assim dispôs o art. 2º, IV, da Lei nº. 9.03, de 03 de maio de 1995, inciso esse incluído pela Lei nº. 10.217 de 11 de abril de 2001:

Art.2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...).

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinal eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

Como se viu, no caso de ambientes privados, esse tipo de procedimento é possível quando se tratar de crimes praticados por organizações criminosas, desde que deferido pela

⁵⁷ STF, HC 74.356/SP, relatar Ministro Octavio Gailotti, publicação DJ 25/04/1997.

autoridade judiciária competente, em decisão fundamentada. Para ambiente públicos, repise-se, não é necessária essa autorização.

CONCLUSÃO

A Carta Constitucional de 1988 prevê a existência de três poderes, harmônicos e independentes entre si, sendo um deles o Judiciário. Este possui como imputação a interferência, como solicitada, resolvendo a lide mediante uma decisão, no escopo de garantir a paz social.

Para que citado Poder obtenha suficientemente seu objetivo, garantindo uma sentença justa e correta para os cidadãos, é necessária a observância de certas regras pelo magistrado.

Considerando o consoante na disposição constitucional, todas as decisões judiciais carecem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Este é o princípio do livre convencimento motivado, utilizado no Brasil e analisado no presente estudo.

Assim sendo, as provas tem extrema importância na motivação do Juiz, pois as decisões prolatadas são nelas fundamentadas. Não há como condenar alguma pessoa num processo carecedor de elementos probatórios.

Entretanto, seu destinatário (Juiz) tem obrigação de apresentar muito cuidado ao admiti-la, avaliando, necessariamente, como elas foram obtidas.

Nesse conjunto, revela-se a seriedade do instituto da prova ilícita, uma vez que no Brasil ela é vedada pelo artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, pode-se conceber uma conotação severa e absoluta do mandamento constitucional. Equivoca-se quem pensa de tal modo, pois a cláusula sob comento possui essa redação porque foi criada logo após o fim do regime autoritário no Brasil, ocasião esse em que o Estado não reverenciou as liberdades e garantias individuais, invadindo a esfera particular dos cidadãos.

Deve-se, de modo contínuo, em um caso concreto, onde há debate acerca da ilicitude ou não da prova, chamar o princípio da proporcionalidade, para que o juiz faça um equilíbrio dos bens em jogo, predominando o mais lesado.

Nem um princípio ou garantia, ainda com previsão constitucional, é absoluto, sendo capaz de ceder para outro com peso maior no caso em demanda.

Importante lembrar que a comparação dos bens não deve ser realizada de contorno abstrata, mas sim concretamente, investigando-se caso a caso, significando, decididamente, a probabilidade de sua variação axiológica em processos judiciais distintos.

No que se refere à prova ilícita por derivação (lícitas em si mesmas, mas oriundas de alguma informação extraída de outra ilicitamente colhida), chega-se à também conclusão da Suprema Corte norte-americana e abraçada de forma majoritária pelo Supremo Tribunal

Federal, como seja, que não deve ser acolhida no ordenamento jurídico uma prova conseguida de outra ilícita, salvo naqueles acontecimentos em que um bem axiológicamente elevado esta em jogo (proporcionalidade).

Verdadeiramente, o vício da árvore se comunica aos seus frutos, por isso a designação de Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa ou Envenenada. O preceito é que não se deve acolher a legalidade de um elemento probatório obtido de outro julgado ilícito, pois, do contrário, se estaria removendo totalmente a eficácia do comando constitucional a propósito da vedação da prova ilícita.

A admissibilidade da gravação clandestina, seja de conversas telefônicas ou ambientais, igualmente deverá investigada sob a luz do princípio da proporcionalidade.

Nos casos em que não há obrigação do interlocutor guardar segredo sobre o teor da conversa, ou quando o bem da vida está em jogo, deve prevalecer o entendimento do seu recebimento como meio de prova.

Nas situações de grande violação à intimidade e naquelas não enquadradas dentre as aludidas acima, a gravação clandestina necessita ser considerada ilícita, e, por conseguinte, desentranhada do processo penal.

Referente à interceptação de comunicações telefônicas, modalidade de prova mais divergente na jurisprudência quanto a sua admissibilidade, é incontroversa seu alcance tanto pela interceptação telefônica *stricto sensu*, como pela escuta telefônica, como em ambas há a interferência de um terceiro.

A Constituição Federal de 1988 situou, em seu artigo 5º, XII, que as comunicações telefônicas caberão violação para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, mediante lei que prever essas hipóteses.

Imperativo reconhecer a não aplicabilidade imediata do mando constitucional, que precisa de lei regulamentadora, no caso, a Lei nº. 9.296/96. Decorrente disso, todas as captações de comunicações telefônicas autorizadas pelo Juiz Criminal no lapso entre o advento da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor da referida lei necessitam ser consideradas ilícitas. Este foi inclusive o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal.

Quanto à Lei nº. 9.296/96, há vários equívocos a serem corrigidos. Não se pode acolher que o Juiz determine *ex officio* a interceptação telefônica, pois tal ato arranha o sistema penal acusatório e rompe com o princípio da imparcialidade.

No art. 1º, em seu parágrafo único do aludido diploma legal não é inconstitucional ao antever a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática,

haja visto que o Estado carece de meios ativo para a coerção dos crimes e a maior parte dos criminosos, hoje em dia, emprega invariavelmente tecnologias equivalente.

Por fim, afirmam-se indispensáveis alterações futuras na legislação brasileira a propósito da ilicitude da prova. No intuito de tentar dar maior segurança jurídica, jamais se esqueça do relevante emprego do princípio da proporcionalidade para a solução dos conflitos.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Dicionário Brasileiro Globo/Francisco Fernandes, Celso Pedro Luft, F. Marques Guimarães. – 45. ed. – São Paulo: Globo, 1996.

_____. Código Penal. VADE MECUM. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Código Processo Penal. VADE MECUM. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

_____. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil, VADE MECUM. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Senado Federal. Legislação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>

_____. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FONSECA, Tiago Abud da. Interceptação Telefônica – A devassa em nome da lei. Rio de Janeiro, RJ: Espaço Jurídico, 2008.

FILHO, Vicente Greco. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica: Considerações sobre a lei n. 9.926, de 24/07/1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JESUS, Damásio E. Código de Processo Penal Anotado. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal. 5. ed.rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal – Teoria Crítica e Práxis. 3 ed. Niterói: Impetrus, 2005.

PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal – Teoria Crítica e Práxis. 5. ed. Niterói: Impetrus, 2008.