

**Universidade Anhanguera-Uniderp**

**Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

**Das Provas Obtidas Por Meios Ilícitos Frente aos Princípios  
Constitucionais: Um Estudo Da Lei De Interceptações Telefônicas**

**Gilcinéia Zorzan**

**ANDRADINA-SÃO PAULO**

**2012**

**Gilcinéia Zorzan**

**Das Provas Obtidas Por Meios Ilícitos Frente aos Princípios  
Constitucionais: Um Estudo Da Lei De Interceptações Telefônicas**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* TeleVirtual em Direito Público, na modalidade Formação para Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Público.

Universidade Anhanguera-UNIDERP  
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**Orientador: Prof. Cintia Regina Béo**

**ANDRADINA-SÃO PAULO**

**2012**

Dedico este trabalho a minha mãe, Diomar Calister Zorzan, um anjo de bondade na Terra, que incondicionalmente esteve ao meu lado e sempre me deu forças para seguir em frente, mesmo quando o caminho parecia cheio de obstáculos.  
“*In memoriam*” de meu pai, Ari Zorzan, que embora não mais entre nós, sei que de onde estiver torce pelo meu sucesso. A ti, pai, eternas saudades!

Acima de tudo agradeço a Deus por tudo o que me deu, pela família maravilhosa que possuo, pelos amigos companheiros e leis que alegam minha vida, pelo dom de lutar por aquilo em que acredito, enfim, por tudo que de bom colocou em meu caminho.

Em especial à minha amiga Rosangela Maria Ceola Ferreira, e ao amigo Roberto Arcain que sempre se fizeram presentes me inspirando a vencer os momentos difíceis.

Também agradeço aos professores, em particular o Prof. Luiz Flávio Gomes, pelo empreendedorismo.

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso pretende tratar da questão da (in)admissibilidade da prova obtida por meio ilícito frente aos princípios constitucionais, bem como focar de forma mais detalhada a sua relação com a interceptação telefônica. Apresenta um estudo pormenorizado dos princípios constitucionais inerentes ao direito de defesa, como a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Aborda como se dá a valoração da prova e sua evolução histórica, objeto, limitações e ônus. Traz um estudo acerca da prova proibida, a qual se ramifica em ilegítima e ilícita, implicando na análise do direito material e processual e considerando-se o princípio da proporcionalidade. Trata, ainda, da interceptação telefônica estudada de forma detalhada, diferenciando-a da escuta telefônica e das gravações clandestinas, atendo-se em especial à Lei 9.296/96. Por fim, apresenta na conclusão as considerações pertinentes e o entendimento abstraído de tudo o que foi estudado.

**Palavras-chave:** Princípio da Proporcionalidade, Provas Ilegítimas e Ilícitas, Interceptação Telefônica.

## ABSTRACT

This work of course conclusion intends to treat of the subject of the (in)admissibility of the proof obtained for half illicit in the face of constitutional principles, as well as to focus in a more detailed way the relationship of the illicit proof with the phone interception. This analysis presents a detailed study of the inherent constitutional beginnings to the defense right, as the warranty of the due legal process, of the contradictory and of the wide defense. This research approaches as she feels the admissibility of the proof and her historical evolution, I object, limitations and obligation. The monograph brings a study concerning the forbidden proof, which ramifies in illegitimate and illicit, implicating in the analysis of the material and procedural right and being considered the beginning of the proportionality. He treats, still, of the studied phone interception in a detailed way, differentiating her of the she listens phone and clandestine recordings, especially trusting to the Law 9.296/96. Finally, the study presents in the conclusion the pertinent considerations and the solitary understanding of everything that was studied.

**Keywords:** Beginning of the Proportionality, Illegitimate and Illicit Proofs, Phone Interception.

## Sumário

<b>Introdução.....</b>	<b>09</b>
<b>1 - Dos princípios constitucionais inerentes ao direito de defesa.....</b>	<b>11</b>
1.1 Do devido processo legal.....	12
1.2 Do contraditório e da ampla defesa.....	13
<b>2 - Da prova.....</b>	<b>16</b>
2.1 Evolução histórica dos sistemas probatórios.....	17
2.2 Conceito.....	20
2.3 Direito à prova.....	22
2.4 Objeto da Prova.....	23
2.5 Ônus da prova.....	24
2.6 Limitações ao direito à prova.....	25
<b>3 - Das provas proibidas.....</b>	<b>28</b>
3.1 Da prova ilegítima.....	29
3.2 Da prova ilícita.....	30
3.2.1 Prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada).....	32
3.2.2 Prova ilícita “pro reo”.....	35
3.3 Provas ilícitas e a Lei nº 11.690/2008.....	36
3.3.1 Teoria da fonte independente (limitação).....	37
3.3.2 Teoria da descoberta inevitável (limitação).....	37
3.3.3 Limitação da mancha purgada (teoria do nexo causal atenuado).....	38
3.3.4 Inutilização da prova ilícita.....	39
3.4 Teoria do encontro fortuito de provas.....	40

<b>3.5 Princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>41</b>
<b>4 - Da interceptação telefônica.....</b>	<b>45</b>
<b>4.1 Da interceptação telefônica antes da constituição de 1988 .....</b>	<b>46</b>
<b>4.2 Da interceptação telefônica após a constituição de 1988 .....</b>	<b>47</b>
<b>4.3 Conceito de interceptação.....</b>	<b>47</b>
<b>4.4 Diferenciações entre interceptações telefônicas, escutas telefônicas e gravações clandestinas.....</b>	<b>48</b>
<b>5 - Questões especiais da lei 9.296/96.....</b>	<b>51</b>
<b>5.1 Comunicações telefônicas de qualquer natureza .....</b>	<b>51</b>
<b>5.2 Requisitos para interceptação telefônica.....</b>	<b>54</b>
<b>5.3 Delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito passivo da interceptação .....</b>	<b>58</b>
<b>5.4 O encontro fortuito de provas e a interceptação telefônica (serendipidade) .....</b>	<b>59</b>
<b>5.5 Prova emprestada .....</b>	<b>61</b>
<b>5.6 Do procedimento .....</b>	<b>62</b>
<b>5.7 Do crime de interceptação.....</b>	<b>69</b>
<b>Conclusão .....</b>	<b>72</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>76</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar, no âmbito do Direito Constitucional, a questão da prova bem como suas modalidades e a sua admissibilidade frente aos princípios constitucionais.

Assim, far-se-á um estudo junto à corrente majoritária, corrente minoritária, doutrina e jurisprudência a respeito do tema.

No primeiro capítulo é feita uma análise da importância da observação dos direitos fundamentais da pessoa humana garantidos na Constituição Federal.

No segundo capítulo a abordagem é em relação à prova, sua evolução histórica, seu conceito, objeto, ônus e as limitações impostas ao direito de se provar os fatos.

O terceiro capítulo, por sua vez, trata das provas proibidas que abrange as ilegítimas e as ilícitas e sua aceitação no Direito brasileiro, bem como sua validade quando usadas em benefício do réu. Aborda, ainda, a problemática da prova ilícita por derivação, ou seja, aquela lícita que é derivada de uma prova considerada ilícita. Vale dizer que o conceito de prova ilícita está atualmente sofrendo modificação na concepção de grande parte da doutrina. Tal modificação se deve às recentes alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/08 na seara do direito processual penal, alterações essas que serão abordadas no curso do presente trabalho.

O princípio da proporcionalidade também é tratado neste capítulo, sendo realizada uma profunda observação da possibilidade da sua aplicação com relação às provas ilícitas para se chegar ao equilíbrio na aplicação da norma.

A parte principal da pesquisa é tratada no quarto capítulo, onde a interceptação telefônica é o objeto do estudo para se verificar em que situações ela é permitida, quais os meios a serem utilizados, os procedimentos técnicos disponíveis, a validade do prazo para ser efetivada, dentre outros enfoques. Trata o capítulo, ainda, da interceptação telefônica feita antes da promulgação da

Constituição Federal de 1988 e após a Carta Magna, as discussões sobre as inconstitucionalidades e as diferenças entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravações clandestinas.

No quinto capítulo apresentamos uma breve análise da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que foi criada para regulamentar a parte final do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Na conclusão é apresentado o entendimento a que foi possível chegar ao longo do presente trabalho, bem como as dúvidas que ainda existem, e a necessidade de continuidade de pesquisas para que a doutrina e jurisprudência possam chegar a um consenso para preencher as lacunas que ainda persistem mesmo com a promulgação da Lei das Interceptações Telefônicas e as recentes inovações da Lei nº 11.690/08.

## 1 - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES AO DIREITO DE DEFESA

Antes de qualquer comentário há que se observar os princípios constitucionais que devem servir de direcionamento para a elaboração e aplicação das normas que regulam as relações sociais, pois a não observância desses princípios acarreta sérios problemas de ordem constitucional, gerando nulidade e insegurança processual. Dentre esses princípios estão os direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais do homem sempre foram tema de preocupação em todo o mundo, de modo que os legisladores buscaram assegurá-los, como bem podemos observar em vários documentos, por exemplo, a Inglaterra elaborou cartas e estatutos que vieram a assegurar os direitos fundamentais, como a Magna Carta (1215-1225), a Petition Of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679), e o Bill of Rights (1688).

A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que era uma das treze colônias Inglesas na América. Essa Declaração é de 12-01-1776.

A Declaração Norte Americana foi aprovada na convenção da Filadélfia e foi introduzido na sua constituição uma Carta de Direitos para que se garantissem os direitos fundamentais do homem.

Sem dúvida alguma, um documento de grande importância em termos de direitos do homem foi a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada na França em 1789, que pela primeira vez proclamava as liberdades e os direitos fundamentais do Homem. Ela foi reformulada no contexto do processo revolucionário numa segunda versão, em 1793. Serviu de inspiração para as constituições francesas de 1848 e para a atual. Também foi a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela ONU em 1948.

Daí em diante houve um grande esforço para promover a universalização dos direitos e garantias individuais em todo o mundo, de sorte que vários países elaboraram suas constituições tendo como base as Declarações de Direitos

Universais do Homem que em seu artigo 12, determinava: "*Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei*". Essa Declaração inspirou os legisladores a adotarem os instrumentos de proteção à dignidade da pessoa humana.

No Brasil não foi diferente; a Constituição Federal de 1988 também foi inspirada para garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem.

Os direitos e garantias alcançam todas as pessoas que se encontram em território brasileiro, inclusive os estrangeiros de passagem pelo país, bem como as pessoas jurídicas, por isso tão grande é a importância de sua observância.

Além dos direitos e garantias fundamentais há que serem observados os direitos e garantias individuais que visam dar uma maior proteção aos cidadãos garantindo, dentre outros, a inviolabilidade da intimidade da pessoa.

Os direitos e garantias individuais são, sem sombra de dúvidas, a proteção para que o cidadão veja respeitada a sua dignidade de pessoa humana e não seja invadido em sua intimidade, bem como de sua família.

Dentre os direitos fundamentais estão previsto os direitos de defesa, que têm como escopo garantir as liberdades individuais.

A Constituição Federal prevê em seu texto, que devemos observar o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Basta a leitura do texto do artigo 5º, LIV e LV que reza:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Da leitura dos incisos citados podemos observar que o legislador de 1988 preocupou-se em garantir às partes envolvidas no processo todos os direitos para exercer a plenitude de sua defesa, protegendo-os de qualquer irregularidade que possa causar dano aos seus direitos fundamentais ou individuais.

## 1.1 Do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal é assegurado a todos, isto é, todas as pessoas deverão ter no processo os seus direitos respeitados para que não ocorra nenhuma arbitrariedade.

Devemos nos atentar aos ensinamentos de Moraes (2003, p.123) que diz:

“O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, a publicidade do processo, a citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, a decisão imutável, a revisão criminal)”.

O devido processo legal é utilizado desde os tempos do rei João Sem Terra pela Magna Charta Libertatem, do ano de 1.215, isso demonstra que desde muitos anos atrás já havia uma grande preocupação em garantir aos cidadãos um processo justo, isento de ilegalidades, para buscar-se fazer a justiça.

Messias (1999, p. 87) sobre o devido processo legal diz:

“Representa mais que um direito, uma garantia de justiça no nosso ordenamento, de par com as demais garantias do contraditório e da igualdade das partes no processo, que adquirem maior, transcendência por irradiar de berço constitucional, com maior amparo em razão da fonte de onde promana”.

O devido processo legal tem como seu objetivo maior que o Estado na prestação jurisdicional consiga dar a cada um dos litigantes o que é seu por direito. Visa garantir também a segurança jurídica, pois todos saberão que o Poder Público deverá preocupar-se com a observância das garantias processuais.

Bastos (1998, p. 226) ensina que: “São manifestações do devido processo legal: a) o princípio da publicidade dos atos processuais; b) a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito; c) o postulado do juiz natural; d) contraditório; e) procedimento regular”.

Assim vemos tamanha importância do devido processo legal, pois, assegura as partes, inúmeros direitos que vêm para coibir qualquer lesão ou ameaça a direitos.

## 1.2 Do Contraditório e da Ampla Defesa

O contraditório impõe ao aplicador da lei que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual com equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente.

Bastos (1998, p. 226) afirma que: *“Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra agir processualmente”*.

É natural que o réu sentindo-se no direito de opor-se ao fato alegado pelo autor reclame seu direito de contrapor-se e use do contraditório para demonstrar ao julgador que é ele quem tem o direito inerente àquela lide.

Sobre ampla defesa, Moraes (2003, p. 124) assevera:

“Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto que o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa da feita pelo autor”.

O direito de defesa das partes deverá ser observado rigorosamente no processo para ser garantida a ampla defesa e o contraditório, pois negar às partes o direito de provar os fatos é objeto de nulidade processual.

Sobre o direito de defesa Grinover (2001, p. 76) afirma que:

“Ao estabelecer o princípio da proteção judiciária, dispondo que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da C.F.) a Constituição eleva a nível constitucional os direitos de ação e defesa, face e verso da mesma medalha. E mais, dá conteúdo a esses direitos, pois não se limita a permitir o acesso aos tribunais, mas assegura também, ao longo de todo o íter procedimental, aquele conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de suas faculdades e poderes processuais e do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição, trata-se das garantias do devido processo legal (art. 5º LIV da C.F.)”.

A ampla defesa é a garantia que se dá ao réu para que lhe sejam oferecidas às condições que possibilitem ao mesmo trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Ela é exteriorizada de várias maneiras podendo configurar-se na inquirição de testemunhas, na designação de defensor dativo ou nas mais variadas formas de provas possíveis.

A jurisprudência é pacífica e reafirma em seus julgados a importância para a observação dos princípios constitucionais como podemos observar em Messias (1999, p. 95):

EMENTA – Constitucional e Processo Penal. Princípios do contraditório e da Ampla Defesa. Defesa previa. Desentranhamento indevido. Nulidade. Em sede de ação penal, é de rigor a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da cláusula do *Due Process of Law*, como preconizado na Carta Magna, no capítulo das Garantias Individuais (CF art. 5º, LIV e LV). Constitui desrespeito a tais princípios o desentranhamento indevido de peças de defesa previa, ao fundamento dúbio de intempestividade, disso resultando a nulidade do processo em face do evidente cerceamento de defesa. Recurso Especial conhecido. Unanimidade. Rel. Ministro Vicente Leal. (DJ. Data 06-05-96, p. 14.479 – Pesquisa Direta).

Pode-se dizer então sobre a ampla defesa que ela visa colocar em igualdade as partes que litigam no processo, tendo elas o direito de participar, influenciar, incidir ativamente sobre o desenvolvimento processual, objetivando o melhor resultado possível.

## 2 - DA PROVA

A prova é um dos mais importantes instrumentos dentro do direito de defesa, pois visa reconstruir fatos passados para a formação do convencimento do julgador competente, bem como para a prestação segura do provimento jurisdicional.

A demonstração dos fatos em que se assenta a pretensão do autor, e daquilo que o réu alega em resistência a essa pretensão é o que constitui a prova.

Pode a prova, diante de sua finalidade precípua, ser considerada como a “alma do processo”, por ser o meio pelo qual o juiz esclarece os fatos, a fim de constituir a sua convicção.

Para julgar o litígio o juiz precisa conhecer a existência do fato sobre o qual versa a lide. Assim, a finalidade da prova é tornar o fato ocorrido de conhecimento do juiz da causa para convencimento de que realmente ocorreu o alegado.

Nunca foi tão discutido o problema da prova, pois com o avanço tecnológico, as normas constitucionais tiveram que ser modificadas para englobar novas formas de proteção à intimidade, procurando assim, assegurar efetivamente o direito à inviolabilidade da intimidade, direito esse que é mais amplo do que em tempos atrás, como por exemplo, na Constituição Federal de 1937. Deste modo, com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso LVI diz serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, torna-se importante analisar os reflexos da prova obtida com violação dos direitos assegurados no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal e sua validade em confronto com a norma do inciso LVI do mesmo artigo da Carta Magna.

Provar um fato é colocar aos olhos do julgador a verdade real sem vícios. É fornecer no processo o conhecimento de qualquer fato, gerando noutro a convicção de que realmente o direito reclamado é inerente àquele que produziu todas as provas necessárias em seu favor.



## 2.1 Evolução histórica dos sistemas probatórios

Inicialmente, deve-se dizer que a prova vincula-se com o Estado, por estar diretamente relacionada com a sua finalidade, ou seja, se o Estado pretende organizar a vida dos indivíduos e conduzir os interesses da sociedade, conseqüentemente, admitirá um procedimento probatório voltado à investigação dos fatos.

Nos tempos mais remotos, pode ser observado o sistema europeu-continental ou a inquisição, cujo surgimento se deu devido à crise feudal e a conseqüente expansão do poder político das monarquias ocidentais, interessadas na repressão dos delitos, que era a melhor forma de fazer prevalecer a autoridade do rei sobre os senhores feudais. Os mecanismos de prova utilizados eram duelos, ordálias e juramentos nos quais a interferência divina se manifestava para a solução dos conflitos.

As ordálias, conhecidas também como julgamento ou juízo de Deus, destinavam-se à descoberta da verdade por meio da imposição aos acusados de meios penosos, e até mesmo mortais, como a prova pelo fogo, a prova das bebidas amargas, etc. O juramento constitui um meio de prova ainda adotado em vários países. E a este se seguiu o duelo, outra modalidade de prova divina ou juízo de Deus, fundada na crença de que Deus não permitiria que saísse vencedora a pessoa que fosse culpada. (Lalla, 1973)

Com o passar do tempo o método inquisitivo se aperfeiçoou, principalmente nas jurisdições eclesiásticas, devido à necessidade de se reprimir a heresia e as condutas irregulares do clero, que exigiam uma intensa e permanente atividade investigatória das autoridades religiosas. O poder papal tinha freqüente vigilância sobre seus fiéis, o que se harmonizava com a intenção dos monarcas em submeter toda a sociedade ao seu controle. Evitava-se, naquela época, a propagação de quaisquer condutas contra o poder da Igreja e o poder Real. Isso dava ao inquisidor a possibilidade de procurar a verdade por intermédio de métodos praticamente ilimitados.

Entendia-se que não havia ninguém melhor que o próprio acusado para saber da realidade dos fatos, por isso, então, que a confissão tornou-se, nessa concepção, a forma mais importante de se alcançar à verdade real. Logo, a atividade probatória transformou-se em uma busca desenfreada da confissão, para qual,

inclusive, admitia-se a tortura. Em outros termos, o objetivo principal do sistema inquisitório era a confissão do acusado, onde a tortura era o seu instrumento, pois somente assim poderia se ter à certeza a respeito dos fatos investigados.

Em oposição a esses métodos irracionais de revelação da verdade, através da vontade de Deus, surgiu uma nova racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos deixou de estar subordinada à vontade divina para ser tarefa do próprio homem. Em outras palavras, na cultura medieval, o inquérito adaptou-se, pois permitia a reconstrução de fatos passados, a fim de se alcançar uma melhor visualização da verdade.

Entretanto, nota-se que o inquérito não superava o irracionalismo dos duelos e das ordálias, em que a revelação divina era a única forma de se saber a verdade. Em contrapartida, os métodos de sofrimento físico não passavam de um jogo totalmente desigual entre o inquisidor e o acusado, no qual este ganhava se resistisse à tortura, ou perdia, caso confessasse. Portanto, chega-se à conclusão que está certo Lalla (1973, p. 117), quando menciona que: *"Só pressupondo inconscientemente que a acusação resulte de uma inspiração divina pode conceber-se o acusado já como culpado, e, portanto a sua confissão como absolutamente necessária, a ponto de dever ser extorquida com a tortura"*.

Ainda dentro desse modelo medieval, onde se dizia que Deus estava ao lado da verdade, evoluiu-se para o sistema da tarifação das provas, onde cada uma tinha o seu valor previamente determinado. Dentro desse critério probatório havia um fundamento nitidamente garantista, pois os juízes deviam apreciar o respectivo valor de cada prova, formulando numericamente a sua quantidade, a fim de tomar a sua decisão. Nesta época, prevalecia a confissão, que era conhecida como a rainha das provas, pois, mesmo que outras lhe fossem contrárias, ela prevaleceria. Um nobre, por exemplo, quando depunha, era mais crível que três plebeus depondo sobre o mesmo fato. Enfim, decidia-se à causa em favor daquele que produzisse as chamadas melhores provas.

A regulamentação de cada meio probatório era minuciosa. Para uma prova ser considerada completa exigia-se determinadas características, como a testemunha que só era reconhecida, se fosse testemunha ocular e estando excluídos os depoimentos de parentes do acusado e dos pobres e mendigos, cuja palavra nunca era aceita.

Mais adiante se tem o regime da livre convicção, no qual o magistrado atribuía valor às provas da forma que queria, não se vinculando a elas, inclusive, mesmo que produzidas nos autos, se as entendesse desnecessárias. O que valia era a impressão sobre os fatos, estando à convicção do julgador livre do formalismo jurídico.

Atualmente, pode-se ver ainda alguns resquícios desse critério, como, por exemplo, o Tribunal do Júri, no qual o corpo de jurados julga de forma não restrita à técnica jurídica para expor seu veredicto.

Porém, não obteve sucesso o sistema de tarifação das provas, cuja eficácia era eminentemente repressiva, bem como a livre convicção imotivada, que ampliava muito o poder do juiz. Assim, veio surgir a denominada teoria das provas legais negativas, na qual o convencimento do julgador só poderia ser utilizado em favor do acusado, exigindo-se para a sua condenação a presença essencial dos elementos legais de prova.

As provas legais negativas são uma combinação entre o padrão inquisitório e o acusatório introduzido pelo Código Criminal francês, tendo grande aceitação nos ordenamentos continentais, servindo até hoje de modelo para a maioria das legislações do Direito Comparado. Nesta nova concepção, o juiz só estava autorizado a condenar, se além de convencido, estivesse amparado por um mínimo probatório, conforme a previsão do legislador. Assim, não se poderia mais dizer alguém como culpado, mesmo se fosse contra o convencimento moral, tal como ocorria com as provas tradicionais positivas, sem haver o mínimo de embasamento legal.

Mais tarde evoluiu-se para o sistema do livre convencimento motivado, o qual dá ao juiz liberdade de valoração das provas, porém, apenas podendo decidir apoiado naquelas existentes no processo, pois, diante de tal teoria, o que não está nos autos não está no mundo. Este é o sistema adotado no Direito brasileiro. Sua consequência lógica é que toda sentença deve ser fundamentada, consolidando os pilares do Estado Democrático de Direito (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988). Entretanto, é importante ressaltar que motivar uma decisão não é tão somente referir-se a um artigo de lei, mas sim expressar as razões de fato e de direito, pelas quais se está decidindo. (Lalla, 1973)

O livre convencimento está expresso no art. 155, do Código de Processo Penal, significando o convencimento formado com liberdade intelectual, apoiado

sempre na prova produzida nos autos e acompanhado do dever de motivar os caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão tomada.

## 2.2 Conceito

O conceito de prova é de grande importância, pois, a partir dele podemos entender quais os elementos a serem usados para provar os fatos que ocorreram, para buscarmos junto ao poder judiciário competente a satisfação dos nossos direitos.

Segundo Nucci (apud SILVA, 2002, p.13): *“O vocábulo prova origina-se do latim, “probatio”, que por sua vez, emana do verbo “probare”, com o significado de demonstrar, reconhecer, provar, ensaiar, verificar, formar juízo”.*

A prova é a prática dos atos processuais com a finalidade de se chegar à verdade real o que servirá de parâmetro ao julgador para aplicar o maior grau de justiça ao caso.

Sobre prova Mirabete (2004, p. 275) afirma: *“Ela se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último”.*

Prova é a demonstração que se faz pelos meios legais da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui ou se afirma à certeza a respeito da existência daquele fato ou do ato demonstrado.

O conceito de prova sofreu várias modificações ao longo dos tempos, bem como os meios de se provar os fatos, mas o principal objetivo da prova ainda é o intuito de trazer a verdade aos olhos do julgador.

Capez (2003, p. 243), conceitua prova:

*“É o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p.ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou da veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação”.*

Conforme Tourinho Filho (1982, p. 203): *“A palavra prova significa de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos”*.

A prova é o elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, é o meio de que este se serve para averiguar a realidade sobre os fatos em que as partes fundamentaram as suas alegações.

Segundo Messias (1999, p. 42): *“A prova na sua conceituação mais clássica é a soma dos fatos produtores da certeza ou o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”*.

A noção de prova pertence mais ao campo filosófico que propriamente jurídico, na medida em que procura alcançar o conhecimento verdadeiro de fatos passados, mediante uma visão subjetiva que privilegia o sentimento da convicção e da crença na utilização de procedimentos probatórios. A convicção é um conceito de natureza subjetiva, pois se forma na mente do julgador, diferentemente da certeza que é atributo do fato, sendo então, algo objetivo.

Na terminologia jurídica, o termo prova possui várias compreensões. Pode indicar, de forma abrangente, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos, que constituem o alicerce das pretensões deduzidas e da própria solução do litígio. Por outro lado, pode significar também, os instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo.

Entretanto, a palavra prova, além de seus significados filosófico e jurídico, também traz consigo outras conotações, nem sempre perceptíveis. Sua utilização neste sentido tem a prerrogativa de provocar no interlocutor um sentimento de aceitação ou de confiança. Todos os obstáculos surgidos, com as inúmeras significações, vêm da idéia de que a prova está intimamente ligada à verdade.

Assim, a finalidade precípua da prova é estabelecer a verdade dos fatos por meio da sua reconstrução. Sobre isto, vale ressaltar o entendimento do ilustre Professor Gomes Filho (1997, pp. 42/43), mencionando que a prova:

*“Configura uma vinculação de caráter persuasivo, através da qual a confusão entre os elementos descritivos e emotivos é empregada com o fim de obter a adesão a certo ponto de vista, no caso a idéia de que as decisões judiciais, fundadas que são em provas, são verdadeiras e, por isso, justas”*.

Sintetizando, prova é a soma de fatos produtores de convicção, apurados no processo, que convença o juiz da veracidade das alegações. E, é através da prudência e do equilíbrio, que o magistrado formará sua convicção mediante as provas que lhe apresentarem.

É comum as alegações da vítima não corresponderem à verdade, como também podem ser verídicas. Em contrapartida, a defesa do réu poderá também ser verdadeira ou não. Então, o juiz lança mão das provas para eliminar estas possíveis dúvidas.

Grinover (1998, p. 352) diz que *“A prova constitui o instrumento por meio do qual se forma a convicção do Juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”*.

A palavra prova, dentro dos vários sentidos que pode ter, no vocabulário da língua portuguesa, significa diante do tema enfocado: estabelecer a verdade de uma coisa; tudo que persuade o espírito de uma verdade; o que atesta ou demonstra algo; testemunho; sinal.

Os diferentes sentidos da palavra prova referem-se a aspectos particulares do conceito. Por isso, não se excluem, antes, pelo contrário, exigem-se mutuamente para termos uma visão abrangente do conceito de prova.

Cada autor dá uma conotação um pouco diferente, mas a essência da palavra prova é a mesma e tem o mesmo significado.

Rocha (2001, p. 268) entende que:

“Fala-se de prova para compreender o fenômeno psicológico, o estado de espírito produzido no juiz por aqueles elementos do juízo, ou seja, a convicção, a certeza acerca da existência de certos fatos sobre os quais recairá o seu pronunciamento”.

Assim, não há dúvidas de que a prova possui a finalidade de convencer o juiz da veracidade dos fatos sobre os quais ela versa.

### **2.3 Direito à prova**

Dentre os direitos de defesa garantidos às partes, o direito à prova, é sem dúvida alguma o mais importante, pois possibilitará demonstrar ao juízo competente

a veracidade do fato alegado pelo autor ou réu, e cumprirá a obediência aos princípios constitucionais previstos na Carta Magna.

Tão grande a importância do direito à prova que GRINOVER (2001, p. 122) ensina:

“Saliente-se assim, o direito a prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e a indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado a efetiva possibilidade de se representar ao juiz à realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poder servir-se de provas”.

Sem a liberdade de se provar os fatos não há que se falar em aplicação da real justiça ao caso concreto.

As partes têm o direito de buscar todas as provas que lhe convierem e usá-las para verem atendidos o seu direito garantido na norma ápice.

Negar as partes o direito de produzir as provas devidas é sem dúvida negar-lhes os direitos de proteção decorrente do princípio do contraditório e da ampla defesa, o que é expressamente vedado pela nossa Carta Magna.

Contudo o direito à prova não é absoluto e sofre restrições e ao produzi-la não pode as partes e nem o julgador utilizar meios proibidos em lei.

## 2.4 Objeto da prova

Quanto ao objeto da prova há que se fazer uma profunda análise, uma vez que toda prova deve ser direcionada a alcançar o seu principal objetivo que é comprovar a veracidade dos fatos alegados.

Carnelutti (1960, p. 78) assevera “*Não é preciso provar fatos, uma vez que estes aconteceram ou não. O que se deve provar é a veracidade dos fatos, pois o Direito não se prova apenas a matéria fática, será objeto de instrução probatória*”.

Mirabete (2004, p. 275) afirma:

“Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as

circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena e na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência pode ter na solução do litígio. São irrelevantes, por exemplo, as roupas vestidas pelo autor suas convicções religiosas ou seu estado civil quando tais circunstâncias não são elementos do crime, não influem na fixação da pena ou não trazem qualquer subsídio à apuração da verdade buscada no processo”.

Então, a prova diz respeito a fatos não sendo admitida acerca de acontecimentos notórios (do conhecimento de todos), impertinentes (estranhos à causa), irrelevantes (que não influem à causa, embora lhe pertençam), que sejam cobertos por presunção legal de existência, ou de veracidade, ou impossíveis (embora se admita a prova dos fatos improváveis) e por fim, incontroversos (confessados ou aceitos por ambas as partes), porém, estes só não são aceitos no processo civil, pois no processo penal, não se exclui, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça incerto e suspeito.

## 2.5 Ônus da prova

A quem incumbe o ônus da prova sempre foi uma pergunta feita no direito, pois desde há muito existe uma grande discussão para se saber a qual das partes que integram a lide cabe apresentar as provas.

Ônus da prova, segundo Carnelutti (1960, p. 121):

“O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação é o interesse da própria afirmação. Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e, quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas”.

No passado, cabia ao autor e ao réu provarem aquilo que alegavam, caracterizando o que se chamava de ônus subjetivo da prova. Esta idéia vem sendo superada, pois se percebeu que pouco importava quem levasse a prova ao processo, pelo fato desta lhe pertencer e, por isso, pertencer também ao juízo, o qual possui o dever de solucionar a lide. Desta evolução, surgiu o ônus objetivo da prova que atribui a qualquer das partes interessadas o direito de prová-lo, culminando, assim, no princípio da comunhão da prova.



Nesta mesma direção, há o ensinamento de Chiovenda (2000, p. 144) que diz o seguinte:

“O ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja que sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenham interesse que sejam por estes tidos como verdadeiros”.

Não é só através da oportunidade e conveniência que o ônus da prova é distribuído entre as partes, mas também está relacionado com a equidade resultante de não conceder o ônus da prova de forma desigual entre os litigantes.

No processo penal, por exemplo, feita a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato típico e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento de pena (qualificadoras, agravantes, etc.) e a prova dos elementos subjetivos do crime, e ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuricidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição de pena (atenuantes, causas privilegiadoras, etc.) ou concessão de benefícios penais. Cabe ao réu também a prova da “inexistência do fato”, se pretende a absolvição nos termos do art. 386, I, do Código de Processo Penal, interessante também é o que se extrai da leitura do inciso VI do mesmo artigo, onde é possível concluir que o *quantum* de prova necessário para cumprir o ônus da prova difere para acusação e defesa, sendo que para aquela exige-se prova além de qualquer dúvida razoável para condenação; já para esta basta criar um estado de dúvida que esse será suficiente para absolvição.

Por fim, os poderes de iniciativa do juiz acerca da prova dos fatos controvertidos, tanto no Processo Penal como no Civil, possui grande relevância na distribuição do ônus probatório, que, consiste na necessidade de provar qual é a real situação das partes, para que se possa solucionar a lide. Então, desnecessário se faz, indagar, quem produziu a prova ou se esta já se encontra nos autos, quando a intenção maior é se os fatos relevantes foram devidamente demonstrados.

## **2.6 Limitações ao direito à prova**

O direito à prova é protegido pela Constituição Federal, em decorrência das garantias do direito de ação, de defesa e do contraditório, porém, não se trata

de um poder absoluto, porque existem normas infraconstitucionais que lhe impõe limitações.

Desta forma, a prova não é um direito absoluto, mas sim relativo. Portanto são vedadas entre outras as provas científicas que violam a integridade da pessoa humana, a hipnose, qualquer tipo de tortura, a fim de se chegar à verdade. Todos estes são limites evidenciados no direito fundamental do cidadão. Contudo, há também aquelas provas que são inadmissíveis por serem moralmente ilegítimas ou por atentarem contra a segurança individual ou coletiva.

Deve-se ressaltar que tais restrições ao direito de prova não servem como um retorno aos sistemas arcaicos citados anteriormente, onde o que realmente valia era o valor da verdade. Os limites impostos à prova são espécies de parâmetros para que ela não os ultrapasse.

A função do juiz no processo é buscar o conhecimento verdadeiro sobre os fatos, a fim de se chegar a uma conclusão. Entretanto, esta procura sofre limitações baseadas em direitos constitucionais, os quais protegem as próprias garantias fundamentais.

O magistrado tem limites para realizar suas funções, atendendo às regras legais, relativas à obtenção, produção, ou avaliação dos elementos probatórios. Basta pensar que ao juiz é vedado utilizar seus conhecimentos pessoais, nas formalidades exigidas às provas, no contraditório e na exigência de que certos fatos sejam comprovados por determinados meios, como ocorre com o corpo de delito, cuja obrigatoriedade está prevista em lei (art. 158, do Código de Processo Penal). Desta forma, pode-se dizer que o poder do juiz de livre investigação dos fatos sofre restrições.

É através das provas que se procura chegar à verdade dos fatos relevantes. Porém, a experiência indica que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade de qualquer meio de prova, pois poderia acarretar manipulações e fraudes ou até constrangimento pessoal, de quem ficasse sujeito a isso, o que não pode ser aceito em um Estado Democrático de Direito, onde a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo, sendo de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito, o próprio Estado se valesse de meios violadores de direitos para a apuração dos fatos e das responsabilidades.

Devido a isso, a atual Constituição, tentando por fim a discussão sobre o sistema de liberdade de prova, que se afina com as aspirações do processo penal de busca da verdade real, que ainda existe na jurisprudência e na doutrina, declarou serem inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Entretanto, esta norma cuida somente de impedir a entrada de provas ilícitas no processo ou que nele permaneçam.

### 3 - DAS PROVAS PROIBIDAS

Em primeiro lugar, deve-se dizer que o tema sobre a validade da prova ilegalmente obtida deve ser focado quanto à sua produção ou obtenção, e não quanto ao seu conteúdo, pois, se a prova ilícita tiver tal característica, devido ao seu conteúdo, certamente terá total ineficácia.

Dessa forma, a presente discussão é amparada na validade da prova quanto à sua obtenção, ou seja, o meio pelo qual é conseguida, revelando, porém, um conteúdo verdadeiro. Logo, a prova que contiver verdade falsa, logicamente será inválida, ao passo que aquela obtida através de meios ilícitos, mas com teor verídico, será, apesar do seu conteúdo, considerada ilegal para o processo.

Como citado anteriormente, apesar da Constituição Federal prever de forma expressa a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, inc. LVI), não consta do seu texto qualquer conceito do que seja provas ilícitas, nem tampouco regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo.

Doutrinariamente, contudo a denominação ilegal é o gênero onde se encontram duas espécies: a prova ilegítima e a prova ilícita. Toda prova ilegal, portanto, é sempre produzida com infração às normas processuais e materiais, sendo gênero, que possui as duas espécies já mencionadas.

Capez (2003, p. 245) assevera que: *“Entendemos que prova vedada ou proibida é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica, e, portanto, de forma ilícita. A prova vedada comporta duas espécies distintas: a) prova ilegítima e b) prova ilícita”*.

A partir dos ensinamentos do mestre Capez entende-se que ambas as provas são vedadas.

Outros doutrinadores trazem nos ensinamentos as chamadas provas inadmissíveis que correspondem às provas proibidas.

Mirabette (2004, p. 278) ensina:

“São inadmissíveis as provas que são incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e a dignidade da pessoa humana, os meios cuja utilização se opõe às normas reguladoras do direito que com caráter geral, regem a vida social de um povo”.

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

De acordo com tais considerações, conclui-se que para a doutrina nacional a prova ilegal é o gênero, e caracteriza-se pela desobediência a normas legais ou a princípios gerais do ordenamento jurídico, tanto de natureza processual ou material, isto é, são ilegítimas ou ilícitas, respectivamente. E, ao mesmo tempo em que uma prova pode ser ilícita também poderá ser ilegítima, se a lei processual não for observada.

Entretanto, a mencionada distinção doutrinária apresentada anteriormente foi extinta no processo penal pela nova redação do art. 157 do CPP, introduzida pela Lei nº 11.690, de nove de junho de 2008, que alterou dispositivos referentes à prova.

Dessa forma, segundo o referido dispositivo, ambas as provas com denominação de “ilegítimas” e “ilícitas”, são apenas ilícitas e inadmissíveis. Esse tema, será novamente abordado no tópico referente a prova ilícita.

### **3.1 Da prova ilegítima**

A prova ilegítima é aquela obtida com infração às normas processuais, surgindo do próprio ordenamento jurídico às sanções ou conseqüências resultantes da sua violação.

Em outros termos, a prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Por exemplo, alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207, do Código de Processo Penal) ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206, do CPP).

A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, seguindo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade. Têm-se como exemplos o interrogatório de réu menor, realizado sem a nomeação de curador, ou a perícia técnica efetuada por leigo, sem que lhe fosse nomeado um técnico habilitado, ou também um exame de corpo de delito assinado por um perito não oficializado.

### 3.2 Da prova ilícita

Já a prova ilícita é aquela que é obtida com infração às disposições de direito material. Elas resultam de meio inadequado à lei vigente. Serão tidas como, além de violadoras do direito material, processualmente inválidas.

Avolio (1995, pp. 39/40) diz:

“Enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este”.

Dizem alguns doutrinadores, que os direitos do imputado devem ser preservados, não podendo ser atingidos, sob o pretexto da busca da verdade real. E, ainda, não se admite violar a proteção da liberdade individual em prol da verdade, o que a afastaria de qualquer meio idôneo protegido pela finalidade processual almejada.

Ada Pellegrini Grinover, (apud Pedroso, 2001, p. 402) confirma dizendo que:

“Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a operatividade do juiz”.

Além disso, sendo uno o conceito de ilicitude, esta é indivisível sendo o ato ilícito um só, o qual alcança qualquer ramo do Direito. Assim, uma prova ilícita material não pode ser aceita no processo, pois este não será indiferente a uma

prova obtida por meios inidôneos. Conclui-se então, que toda prova ilícita é ilegítima, mas a recíproca não é verdadeira.

O Direito não é formado por compartimentos isolados, mas sim um todo unitário. Então a prova ilícita, a qual afronta o universo do Direito, não pode ser admitida no processo, sob pena de julgamento nulo.

Florian (apud Pedrosa, 2001, p. 403) observa o seguinte: *“a liberdade dos meios de prova encontra um limite, quer na lei jurídica, como na lei moral e na consciência pública, em virtude de que não se podem aceitar meios de prova imorais ou violentos”*.

Assim, a defesa do direito à liberdade é fundamental, mas nem por isso, pode o juiz distanciar-se da lei, aceitando provas ilegais, como fundamento para suas convicções.

Neste sentido, já se decidiu:

“A ilegalidade da busca e apreensão domiciliar, por si só, prejudica, irreparavelmente, a ação penal, independentemente da própria veracidade da acusação. Ao estado não se pode permitir a violação da lei, a pretexto de colheita de elementos probatórios. Os fins não justificam os meios. O direito de prova, meramente adjetivo, não se sobrepõe às garantias individuais de natureza constitucional substantiva”. (RT 526/391)

Há também outros julgados que defendem a inadmissibilidade da prova ilícita: RT 593/263, 621/378.

Antes da Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que existiam estudiosos contrários, havia inúmeros autores favoráveis à admissibilidade da prova ilícita. Era pregado que, diante do conflito entre direito à intimidade e meios de provas ilícitos, a proteção às liberdades públicas se equiparavam, devendo a intimidade ceder espaço sempre que entrassem em confronto com a ordem social e as liberdades alheias.

É imperativo se fazer lembrar, que havia aqueles que defendiam a total aceitabilidade da prova ilícita, pois diziam que não compete ao juiz exorbitar de suas funções processuais, investigando se elas foram ou não obtidas licitamente. Por outro lado, existem aqueles, como Hélio Tornagui (apud MENDES, 1999, p 128) defendendo que: *“a prova obtida ilicitamente deve ser admitida apenas como um mero indício, passando a ser válido o que se descobrir a partir daí”*. Com este entendimento, nota-se que ele defende a prova ilícita por derivação.

Porém antes de adentrarmos esse tópico especificamente, vejamos quais as modificações produzidas quanto ao conceito de provas ilícitas disciplinadas pela Lei nº 11.690/2008, que como dito anteriormente, alterou a redação do art. 157 do CPP, dispondo que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Portanto, a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais.

### **3.2.1 Prova ilícita por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada)**

De nada adiantaria a Constituição Federal e também o Código de Processo Penal ressaltar a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos se esta ilicitude não se estender às provas que dela derivam, por isso é de grande importância definir o que é prova ilícita por derivação. Esta é a prova que apesar de lícita, chegou ao feito por intermédio de uma prova obtida ilicitamente, como é o caso, por exemplo, da confissão mediante tortura, na qual o acusado revela onde está o produto do crime. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.

Os defensores da prova ilícita por derivação sustentam que ela deve ser acatada, para se evitar que as próprias partes produzam outras provas ilícitas, visando tumultuar todo o rol de provas.

Entretanto, encontra-se posição contrária à admissibilidade das provas ilícitas por derivação, a qual se baseia na teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Segundo esta teoria, desenvolvida pela Suprema Corte Americana, a árvore ruim (busca ilegal, por exemplo) dará maus frutos, ou seja, processo e condenação injustos e, conseqüentemente, nulos. A partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais.

Sobre estas provas, a posição da alta Corte de Justiça do Brasil, atualmente, é, conforme se vem percebendo nos mais recentes acórdãos, pelo acolhimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja, defendem a inadmissibilidade da utilização de provas formalmente lícitas provenientes de outras



colhidas ilicitamente. Assim, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não admitem essas provas.

Porém, o desafio é encontrar um ponto de equilíbrio entre o valor jurídico do bem afetado, por exemplo, liberdade e intimidade e o interesse processual probatório, que visa elucidar crimes de difícil solução, uma vez que é função do Estado proporcionar a paz social. Isso significa dizer até que ponto se poderia utilizar, por exemplo, uma gravação de conversa privada, colhida ilicitamente, sem a qual a autoridade não chegaria a outras provas relevantes sobre a verdade real dos fatos, em detrimento da impunidade.

No Brasil, o problema das provas ilícitas está caracterizado, hoje em dia, de acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, pela sua inadmissibilidade no processo.

Diante disso, não há como negar a imperatividade da referida norma constitucional, e por isso, a prova ilícita não tem qualquer valor no processo, ainda que seu conteúdo traga algo verdadeiro. Assim, o juiz não pode se basear nela para condenar o réu.

Porém, sensato é o entendimento de Vicente Greco Filho (apud MENDES, 1999, pp. 172-174) quando diz que: *“O texto constitucional não pode ser interpretado de forma rigorosa, pois sempre haverá situações, cujo valor e importância do bem jurídico envolvido, a ser alcançado com a obtenção irregular da prova, levarão os Tribunais a aceitá-la”*.

Fernandes (1999, p. 82) também se posiciona, citando que:

“Pelo princípio declinado, procura-se estabelecer um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir o criminoso, às vezes mais bem preparado que os policiais, e o de defender os direitos fundamentais do indivíduo, devendo-se sempre analisar cada caso, sopesando se outra norma, também constitucional (de ordem processual ou material), não supera em valor aquela que estaria sendo violada”.

Desse entendimento, se deve homenagear o princípio da solidariedade das normas, isto é, aquele que, dentre as regras de mesma hierarquia e importância, procura saber qual é a mais importante, dentro do contexto analisado, e que trará melhor solução à controvérsia, diante do ordenamento jurídico vigente e do interesse social.

Tudo isso demonstra que a doutrina e a jurisprudência, em cada caso, deverão saber lidar, mediante ponderação e equilíbrio, com o rigor do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, através do princípio da proporcionalidade, que será abordado em tópico próprio mais avante.

Mesmo após o surgimento desta norma constitucional, ainda existem teses favoráveis à admissibilidade das provas ilícitas, porém com viés diferente das teses anteriores, uma vez que não se pode afirmar com certeza que a prova oriunda de um ato ilícito não deve ser admitida em juízo, pelo fato de se emprestar eficácia a um comportamento ilegal. Assim, se a finalidade principal do Processo é a descoberta da verdade, e, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, deverá ser aceita.

Quem defende tal concepção é Pedroso (2001, pp. 409-410) dizendo que:

“Não concordo com o argumento de que a prova ilícita é ineficaz, pelo fato da ilicitude ser una e como tal deve se estender à esfera processual. Ou seja, deve o ato ilícito não ser confundido com o conteúdo que a prova possa revelar; se a prova demonstra uma verdade, seu teor não deve ser considerado ilícito, mesmo que o ato que a produziu seja ilícito. Logo, o ilícito material não se confunde com o teor da prova”.

Dentro desse pensamento a favor da admissibilidade da prova ilícita, dizem os seus defensores que tanto o crime descoberto pela prova, como o ato ilícito que a originou devem ser punidos, porém, cada uma em seu âmbito. Em outros termos, defendem que a prova ilícita deve ser aceita, contudo o valor da primeira conferido dentro da valoração processual, enquanto a segunda deverá ser apreciada na esfera do direito material.

Entretanto, a maior parte da doutrina é contrária a esta teoria, não admitindo que a prova ilícita seja apreciada no processo, por entender que só a verdade obtida com respeito aos direitos humanos fundamentais pode ser considerada válida. Logo, para esta corrente dominante, juntamente com o interesse social de averiguar a verdade dos fatos, existem outros interesses de maior valor, os quais impedem a busca desenfreada da verdade absoluta.

São vários os países que acolhem a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, tal como o Brasil. E, pode-se citar, ainda, a Itália, a Alemanha, a França, etc. Assim, o Direito Brasileiro, não admite acolher no processo, as provas ilícitas, pois, se entendem inválidos os meios que desconhecem a boa-fé, a

lealdade, a moralidade e a legalidade, assim como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, todos direitos fundamentais consagrados na Magna Carta.

Porém, é mediante a teoria ou princípio da proporcionalidade, que o Direito Contemporâneo vem buscando um julgamento justo e equilibrado. Um grande defensor desta linha de pensamento é Quiroga, que prega a ponderação como meio ideal à análise de cada caso concreto, diante de suas peculiaridades. Assim, esta teoria, baseada no equilíbrio e na razoabilidade de apreciação dos conflitos de interesses, acredita que a vontade pública na investigação da verdade e o direito à tutela judicial, de onde advém o direito à prova, são bens jurídicos protegidos pelo ordenamento como direitos fundamentais. Por isso é que se admite conteúdo probatório ilícito, quando o benefício à sociedade prevalecer, sem prejuízo das sanções civis, administrativas ou penais à pessoa responsável pela coleta indevida da prova.

Por conta disso, a jurisprudência atual não poderia deixar de ser diferente, ou seja, tem como regra não admitir provas obtidas por meios ilícitos, as quais só serão conhecidas excepcionalmente.

Em conclusão, no Direito Brasileiro, são provas ilícitas, entre outras, as que forem obtidas mediante tortura e maus-tratos (Constituição Federal, art. 5º, X), as que violem o sigilo de correspondências e comunicações (Constituição Federal, art. 5º, XI), como também as interceptações telefônicas, salvo nos casos permitidos pela Magna Carta, as quais apenas serão conhecidas excepcionalmente, a luz do princípio da proporcionalidade.

### **3.2.2 Prova ilícita “pro reo”**

Há no Direito Brasileiro ainda alguma discussão sobre a validade das provas ilícitas aplicadas em benefício do réu. Porém para esmagadora maioria dos doutrinadores, existem bens garantidos ao ser humano que se sobrepõe à garantia ao sigilo individual.

A doutrina dominante defende a aceitação da prova ilícita em benefício do réu como observa Silva (2002, p. 33) que afirma:

“Portanto, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência, através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no

processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual”.

Como se pode observar o autor entende que o direito a liberdade se sobrepõe ao direito à intimidade, pois depois do direito a vida, a liberdade é um dos maiores bens tutelado pelo direito.

Sensata é a posição da maioria dos doutrinadores porque melhor seria permitir a violação do sigilo de uma pessoa do que privar uma outra de sua liberdade.

### **3.3 Provas ilícitas e a Lei nº 11.690/2008**

Visando regulamentar o preceito contido no art. 5º, LVI, da Lei Maior, relativa às provas ilícitas, foi editada a Lei nº 11.690/2008, que disciplinou o art. 157 do Código de Processo Penal. Consoante o teor do mencionado dispositivo legal:

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

§ 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 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.

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

Com a entrada em vigor deste dispositivo, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a constar expressamente do Código de Processo Penal exatamente na primeira parte do art. 157 § 1º, estando em total consonância com o então já pacificado entendimento doutrinário e jurisprudencial, de modo a estabelecer que as provas obtidas por meio ilícito contaminam as provas ulteriores que, embora produzidas licitamente, tenham se originado das primeiras. Porém é de vital importância ressaltar que este mesmo artigo também trouxe limites a esta teoria, inspirando-se na legislação norte-americana contraria a rigidez de tais regras, procurou estabelecer formas de se saber quando uma prova é ou não derivada da

ilícita, isto é, a lei procurou trazer contornos para o estabelecimento do nexo causal entre uma prova e outra.

### **3.3.1 Teoria da fonte independente (limitação)**

De acordo com esta teoria, se o órgão da persecução penal, demonstrar de forma inequívoca que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, não guardando qualquer relação de dependência da prova originariamente ilícita, tais elementos serão admissíveis, por não se encontrarem contaminados pela ilicitude originária.

No Brasil, através da análise da jurisprudência foi possível observar que a teoria da fonte independente já vinha sendo adotada pelo Corte Maior há algum tempo. Porém com a reforma processual de 2008, a limitação da fonte independente passou a constar expressamente do Código de Processo Penal, segundo o § 1º do art. 157 que prevê serem 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 por uma fonte independente das primeiras”*. Trata-se como dito acima de teoria que já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu que se deve preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão (STF, HC-ED 84.679/MS, rel. Min. Eros Grau, j. 30-8- 2005, DJ, 30 set. 2005, p. 23).

Portanto, a fonte independente recebeu guarida em nosso direito pátrio, pois não fere a teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que a fonte da prova obtida não possui relação com aquela alcançada por meios ilícitos, não havendo razões para ser excluída do corpo do processo.

### **3.3.2 Teoria da descoberta inevitável (limitação)**

Também conhecida como exceção da fonte hipotética independente, é o caso onde se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, ou seja, é 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, devendo, portanto ser considerada válida.

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sob pena de se esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da utilização da prova ilícita. Contudo, na visão de parte da doutrina tal teoria passou a constar expressamente do Código de Processo Penal, no já mencionado art. 157, § 2º, segundo o qual: “*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*”. Este artigo deve ser lido com especial atenção, pois como é possível extrair da sua leitura, apesar do mesmo fazer menção a fonte independente, parece ter havido uma confusão por parte do legislador, pois o conceito por ele trazido é o da limitação da descoberta inevitável.

Como dito acima essa teoria deve ser aplicada com muita cautela sob pena de se esvaziar uma garantia constitucional, por isso mesmo tal restrição à prova ilícita vem causando intensa polêmica na doutrina, com alguns posicionamentos a favor e outros contra a adoção de tal teoria. Certo é que apesar da controvérsia doutrinária, referida teoria já vem sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça que ao apreciar a validade da utilização de documentos relativos à movimentação bancária de conta corrente de cotitularidade da acusada e de vítima falecida, obtidos sem autorização judicial, o STJ concluiu que “*o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável*” (HC 52.995/AL, 6ª Turma Relator Min. Og Fernandes, julgamento: 16.09.2010, Dta da publicação/fonte: DJe 04.10.2010).

### **3.3.3 Limitação da mancha purgada (teoria do nexo causal atenuado)**

Também conhecida como teoria da tinta diluída ocorre quando um ato posterior, atenua, afasta a ilicitude originária. O nexos causal entre as provas primária e secundária é atenuado não em razão da circunstância de esta possuir existência

independente daquela, mas em virtude do espaço temporal decorrido entre uma e outra, de circunstâncias supervenientes no caso concreto, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos agentes em colaborar com a persecução criminal. Nesse caso, apesar de já ter ocorrido a contaminação, um ato futuro expurga o vício, permitindo o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.

Essa teoria do nexo causal atenuado, também é originada do direito norte-americano, porém aqui no Brasil não há julgados do STF e do STJ adotando a mesma. Contudo, para muitos doutrinadores tal teoria passou a constar do art. 157, § 1º, do CPP: *“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 por uma fonte independente das primeiras”*.

Segundo Lima (2012, p. 884):

“Apesar de não haver qualquer referência expressa à limitação da tinta diluída, ao se referir o dispositivo à ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e prova subsequente, pode-se daí extrair a adoção da referida teoria. Isso porque, segundo a teoria em questão, o vício da ilicitude originária, quando atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos, faz desaparecer o nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, não sendo viável falar-se em prova ilícita por derivação”.

### 3.3.4 Inutilização da prova ilícita

Como visto anteriormente a sanção prevista pela Constituição para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade processual (CF, art. 5º, inc. LVI). Porém, a Carta Magna não prevê de modo expresso o que deverá ocorrer com tal prova, que apesar da proibição, tiver ingressado no processo. Contudo com a edição da Lei nº 11.690/2008 ficou previsto expressamente o incidente de inutilização da prova ilícita, por força do já mencionado art. 157, § 3º, do CPP, *“preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”*.

Da leitura desse parágrafo, fica claro que deverá haver uma decisão determinando o desentranhamento da prova declarada inadmissível. Contra a decisão do juiz (ou tribunal) que reconhece a ilicitude da prova e determina o seu

desentranhamento dos autos cabe recurso. Em primeira instância o recurso cabível é o em sentido estrito (CPP, art. 581, inc. XIII), porque o juiz, ao reconhecer a ilicitude da prova, está anulando o processo, no todo ou em parte. Em segunda instância caberá agravo regimental. Preclusa essa decisão, a prova ilícita deve ser inutilizada por ato do juiz, facultando-se às partes acompanhar o incidente. Ou seja: as partes devem ser devidamente intimadas para esse ato de inutilização e podem acompanhá-lo.

### **3.4 Teoria do encontro fortuito de provas**

Também conhecido como encontro casual de provas aplica-se nas hipóteses em que uma autoridade policial, cumprindo uma diligência relativa a um delito, casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação.

Podemos imaginar uma situação em que ocorra uma busca e apreensão de tóxicos em uma residência, ao chegar ao local, à autoridade policial se depara com uma situação de sequestro. Este crime não está relacionado àquele do mandado de busca e apreensão, mas o Estado não poderá ficar inerte frente a um ilícito penal flagrancial. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada a forma como foi realizada a diligência, ou seja, se houve desvio de finalidade, a prova deve ser considerada inválida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida.

Como exemplifica Pacelli (2009, pp. 322/323), quando, na investigação de um crime contra fauna:

(...) “agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (CPP, art. 243, inc. II) que a diligência se realize exclusivamente para busca de animais silvestres. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão. Em semelhante situação, como é óbvio, o local revistado jamais abrigaria o objeto do mandado judicial. Do contrário, a ação policial, em caso de mandado de busca e apreensão, fugiria do controle judicial, configurando verdadeira ilegalidade, por violação do domicílio, no ponto em que, para aquela finalidade, o ingresso na residência não estaria autorizado. A teoria, portanto, presta-se a justificar a adoção de medidas acautelatórias em favor da proteção do direito à intimidade e/ou



privacidade, de modo a impedir o incentivo à prática do abuso de autoridade”.

Contudo a teoria em comento não deve ser trabalhada exclusivamente para as hipóteses de cumprimento de mandados de busca e apreensão. Sua utilização se apresenta também útil no tocante ao cumprimento de interceptação telefônica, devido ser muito comum que, no curso de uma interceptação telefônica regularmente autorizada pelo juiz competente para investigar crime punido com pena de reclusão, sejam descobertos elementos probatórios relativos a outros delitos e/ou outros indivíduos. Em tais hipóteses verificando-se que não houve desvio de finalidade no cumprimento da diligência dúvidas não há quanto à validade dos elementos assim obtidos. Este tópico será abordado novamente ao tratarmos da interceptação telefônica especificamente.

### **3.5 Princípio da proporcionalidade**

A teoria, hoje amplamente presente, da não admissão das provas colhidas com infringência às garantias constitucionais, tem sido atenuada por outra tendência, que adota o chamado critério da proporcionalidade, assim conhecido na Alemanha, e denominado princípio da razoabilidade nos Estados Unidos, pelo qual, em certos casos, pode-se admitir a prova obtida ilicitamente, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido.

A idéia de proporcionalidade pode ser encontrada no direito romano, quer nas regras aplicadas pelo pretor, quer na Lei de Talião, ou na própria balança do equilíbrio exibida pela deusa Themis.

Em face do princípio contido no inciso LVI, art. 5º, da Constituição Federal de 1988, observa o ilustre Doutor Celso Ribeiro Bastos (1993, p. 276) que: *“deve ceder naquelas hipóteses que a sua observância intransigente levaria a lesão de um direito fundamental ainda mais valorado”*.

A aplicação desse princípio permite trazer como premissa a ideia de que nenhum princípio ou direito é absoluto, já que pode sofrer ponderação diante do caso concreto e é justamente essa técnica de ponderação que a sua aplicação acarretará. A técnica da ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade consiste em sopesar no caso concreto interesses em conflito e

fazer prevalecer aquele que ganha maior relevância, na exata medida da aplicação da norma. Segundo esse princípio não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.

Portanto para os adeptos do princípio da proporcionalidade, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante.

A proporcionalidade não está prevista expressamente na Magna Carta, no entanto, este princípio está inserido na Constituição, juntamente com os demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais, de uma forma implícita.

Assim, a princípio da proporcionalidade é direito positivo e garantia de respeito aos direitos fundamentais, e estando certo Bonavides (apud MENDES, 1999, pp. 114 e 115) que diz: *“O princípio da proporcionalidade flui do art. 5º, § 2, da Constituição Federal de 1988, o qual abrange a parte não escrita e não expressa dos direitos e garantias fundamentais”*.

Contudo, há aqueles que defendem a aplicação deste princípio quando a prova aparentemente ilícita for colhida pelo próprio acusado, porque, nesse caso, a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa.

Sobre o assunto Grinover (2001, p. 136) assevera:

“Aliás, não deixa de ser em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade, a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”.

No mesmo sentido, Torquato Avolio, ao lembrar que *“a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência”* (Provas ilícitas, Revista dos Tribunais, p. 66).

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas.

Se, de um lado, doutrina e jurisprudência são uníssonas em apontar a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado mesmo quando ilícita, do outro há intensa controvérsia quanto a sua adoção em favor da sociedade, ou seja, é extremamente delicada, a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Como bem retrata Capez (2012, p.370):

“Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que 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, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não”.

Embora seja essa teoria bastante defendida por grande parte dos doutrinadores, como a melhor solução para os problemas acerca da admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos, a jurisprudência a adota com restrições.

De fato, a leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza conclusão afirmativa quanto à tese de admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade, prevalecendo entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de entender inadequada a aplicação do princípio da proporcionalidade à ordem constitucional brasileira, como norteador a produção de provas ilícitas, no HC 80949/RJ, julgado em 30/10/2001, pois refletiria na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo. Em que pese esse posicionamento, a Corte já aplicou referido princípio em interessante acórdão:

“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. 16649).

Dentro desse panorama, portanto, é necessário dizer que em razão do princípio que veda a produção de provas ilícitas proteger interesses representados pelas liberdades públicas, tal princípio deve ser respeitado, e somente excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, ser mitigado. Resumindo, a regra é que a prova ilícita em favor da sociedade permaneça vedada, mas a proporcionalidade permita sua admissão excepcionalmente, enquanto que no caso de existência de prova ilícita em favor do réu, esta deva ser admitida em regra.

#### 4 - DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Como se sabe toda pessoa tem o direito à intimidade, garantido na Constituição Federal, como podemos observar no artigo 5º, X, onde diz que “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação”.

Esse direito é a garantia de que a pessoa terá respeitado a sua privacidade, direito de estar só quando preferir e não ser importunado em seu momento de descanso ou na intimidade do seu lar com sua família, ou seja, ela tem garantido pela Constituição o direito à inviolabilidade da sua intimidade.

A interceptação telefônica é um meio de intromissão na intimidade da pessoa, pois, por meio dela o interceptador devassará a vida privada do indivíduo. Ela é meio empregado, para tentar provar em juízo, fatos ocorridos a fim de que possam ser usados em benefício da parte.

Em primeiro lugar há que se atentar ao sentido da palavra interceptação, Capez (2012, p. 378) ensina: “*Interceptar é intrometer e interromper, significando, portanto, a conduta de um terceiro, estranho à conversa, que capta o diálogo dos interlocutores*”.

Dos ensinamentos do mestre Capez, entende-se que ao interceptar, intrometer, o sujeito da ação provoca a violação da intimidade de outra pessoa, o que é proibido pela norma constitucional.

Sempre houve, tanto na doutrina como na jurisprudência, grande discussão sobre a validade da interceptação telefônica, mesmo aquela autorizada pelo poder judiciário, devido à falta de uma legislação específica que regulasse tal matéria. Daí a importância de se fazer uma análise do tema em vários períodos, para saber o posicionamento dos doutrinadores, anteriormente, e depois da Constituição de 1988.

#### 4.1 Da interceptação telefônica antes da Constituição de 1988

Antes da Constituição Federal de 1988 era expressamente proibido qualquer tipo de intromissão na vida privada das pessoas, sendo assegurada à inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. (art. 153, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

A interceptação telefônica era regulada pelo Código de Telecomunicações, que, nos termos do artigo 57, II, estabelecia não constituir violação de telecomunicações “*o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste*”.

O Código de Processo Penal também abria algumas exceções que permitia a violação do sigilo da correspondência e das comunicações, como dispunha os artigos 232, 233, parágrafo único, 234 e principalmente 240, todos do Código de Processo Penal.

Por essa razão havia uma grande discussão na doutrina e jurisprudência sobre a constitucionalidade desses dispositivos que permitiam a interceptação telefônica.

Grinover; Fernandes; Gomes Filho (2001, p. 178) comentam:

“Em rumoroso caso judicial, ocorrido em São Paulo, foi discutida pelo tribunal de Justiça a conduta de juiz que, a pedido da autoridade policial, havia autorizado interceptação telefônica, com fundamento no código de Telecomunicações. Após parecer de Damásio de Jesus, favorável a ordem judiciária, a representação foi arquivada, considerando-se lícita à ordem de interceptação (Repres. 006.336/87 TJSP). Ademais, em decisão do STF, que determinou o desentranhamento dos autos, do resultado de interceptação telefônica por ilicitamente realizada, o Min. Aldir Passarinho fez alusão aos mencionados dispositivos do Código de Telecomunicações como possivelmente adequados para legitimar as escutas em caso de crimes particularmente graves, como os de extorsão mediante sequestro” (RTJ 122/47).

Como se pode observar apesar de a Constituição vigente à época assegurar a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, a jurisprudência, em muitos casos, julgava procedente o pedido de interceptação telefônica.

Daí o entendimento de que havia naquela época grandes divergências sobre a aceitação ou não da interceptação telefônica.

## 4.2 Da interceptação telefônica após a Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 ao dispor no seu artigo 5º, inciso XII 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”*, abriu uma exceção para que possa ser feita a interceptação telefônica nos casos previstos na lei.

Começou então uma nova discussão sobre o tema e uma parte da doutrina e jurisprudência entendia que poderia ser usado o já conhecido Código de Telecomunicações, o que já era prática comum. Para outra corrente havia a necessidade de que fosse editada uma lei específica, pois entendiam que referida norma não havia sido recepcionada pela nova Constituição Federal.

Grinover; Scarance; Gomes Filho (2001, p. 147) manifestaram-se sobre a necessidade de uma lei específica:

“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 e escutas telefônicas, não há base legal para a autorização judicial. E as operações técnicas porventura efetuadas serão ilícitas, subsumindo-se à espécie do inciso LVI do art. 5º, da Constituição”.

Fica claro que havia então a necessidade de se editar uma lei específica que viesse a regulamentar a parte final do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição, para por fim a discussão sobre a aceitação ou não da interceptação telefônica.

## 4.3 Conceito de Interceptação

Sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/1996, por interceptação das comunicações telefônicas entende-se a captação, realizada por terceiro, de conversa telefônica alheia, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento e assentimento de apenas um deles, com objetivo de colher informações. Assim, a violação da conversa via telefone pressupõe a existência de, no mínimo, três sujeitos, duas pessoas em processo de interação e o terceiro que obtém acesso ao conteúdo da conversa.

Segundo Avolio (2010, p. 118) o que se mostra essencial para a noção de interceptação é o fato de a operação telefônica ter sido efetuada por uma pessoa estranha à conversa, e que esse terceiro estivesse investido do intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas.

#### **4.4 Diferenciações entre interceptações telefônicas, escutas telefônicas e gravações clandestinas.**

Há que se atentar para as diferenciações existentes entre as interceptações telefônicas, escutas telefônicas e as gravações clandestinas, pois são importantes para a determinação da aplicação da Lei 9.296/96.

Ensinam Grinover; Fernandes; Gomes Filho (2001, p. 174):

“Entende-se por interceptação a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de só um deles. Se o meio utilizado for o grampeamento do telefone, tem-se a interceptação telefônica; em se tratando de captação de conversa por um gravador colocado por terceiro, tem-se a interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental. Mas se um dos interlocutores grava a sua própria conversa telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em gravação clandestina”.

A interceptação telefônica é a captação de informações feita por uma terceira pessoa por meio de rede telefônica, onde existem três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversa sem consentimento deles. Ela é conhecida também como “grampeamento” sendo tal procedimento, específico desta Lei.

Na escuta telefônica também existem três personagens: dois interlocutores e um interceptador, só que um daqueles tem conhecimento do fato. Precisamente, é a captação de conversa telefônica feita por três pessoas, mas com o consentimento de um dos partícipes da conversa. Esta também gera muitas discussões nos nossos Tribunais, ocasionando diversos acórdãos sobre a matéria em vários sentidos.

Na gravação clandestina, também chamada de gravação telefônica, existem somente dois comunicadores, sendo que um deles grava a sua própria conversa, porém, sem o conhecimento do outro. Ou seja, a pessoa pode gravar a sua própria conversa, mas a lei veda sua divulgação sem justa causa, e caso isso



ocorra levará à ilicitude. Entretanto, sendo justa a causa o juiz examinará a relevância do interesse público diante do direito à intimidade, utilizando-se, é claro, do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Segundo Rabonese (apud SILVA, 2002, p. 49):

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

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

A diferenciação da interceptação telefônica e da gravação clandestina é de extrema importância, pois o que a Constituição e a Lei Ordinária punem é a interceptação telefônica, mas não faz referência a gravação clandestina.

Interessante observar julgado mencionado em Silva (2002, p. 50):

Prova – gravação de comunicação – deferimento – interpretação do art. 5º, inciso XII da Constituição da República – Recurso provido nesse sentido. É admissível aceitar como prova a gravação feita através de fita magnética da conversação mantida com terceiro, quando não haja interceptação, cumprindo ao juiz apreciar o valor do documento, se necessário através de perícia aferitória de sua autenticidade.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso ordinário de *habeas corpus*, também concluiu que gravação clandestina é diferente da interceptação telefônica e que ela não é ilícita (RHC 7216/SP Relator Ministro Edson Vidigal, v.u. 28/04/1998).

Diante de tanta controvérsia é necessário sem dúvida explicitar e firmar alguns conceitos:

a) interceptação telefônica (ou interceptação em sentido estrito): é a captação da conversa telefônica realizada por terceiro sem o conhecimento dos comunicadores;

b) escuta telefônica: é a captação da conversa telefônica realizada por terceiro com o conhecimento e assentimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro;

c) gravação telefônica ou gravação clandestina: é a captação da conversa telefônica realizada por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro. Inexiste a figura do terceiro interceptador, trata-se de uma autogravação;

d) interceptação ambiental: é a captação da conversa ambiente realizada por terceiro sem o conhecimento dos interlocutores. Inexiste comunicação telefônica e também ocorre com violação do direito à intimidade;

e) escuta ambiental: é a captação de uma comunicação, no ambiente dela, realizada por terceiro com o conhecimento e assentimento de apenas um dos interlocutores. Não há comunicação telefônica;

f) gravação ambiental: é captação da conversa ambiente realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Inexiste a figura do terceiro interceptador. Não há comunicação telefônica.

Parte da doutrina considera que o art. 1º da Lei nº 9.296/96 abrange tanto a interceptação telefônica quanto a escuta telefônica, isso pelo fato de ambas consistirem em processos de captação da comunicação alheia. Não estão abrangidas por referido regime jurídico conseqüentemente, a gravação telefônica, a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental.

Assiste razão a essa corrente vez que o art. 5º da Constituição Federal em sua parte final refere-se à interceptação feita por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um deles. Não fica incluída a gravação de conserva por terceiro ou por um dos interlocutores, à qual se aplica a regra genérica de proteção à intimidade e à vida privada do art. 5º, inc. X, da CF.

Compartilham desse mesmo entendimento também o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça ao afirmarem que em decorrência do conceito de interceptação das comunicações telefônicas o regime da Lei nº 9.296/96 abarca apenas a interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica, pois somente nas duas há comunicação telefônica e terceiro interceptador.

## 5 - QUESTÕES ESPECIAIS DA LEI 9.296/96

Após longos anos de acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais foi publicada a Lei 9.296/96, que veio para regulamentar as interceptações telefônicas, de telemática e informática, e para suprir a lacuna deixada pelo legislador de 1988, no inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Para muitos doutrinadores a Lei 9.296/96 não foi suficiente para acabar com as discussões a respeito do tema, uma vez que apresenta falhas em seu texto.

Silva (2002, p. 56) ensina:

“O legislador poderia ter esmiuçado melhor o assunto. Mas, como invariavelmente acontece, acabou optando por deixar para a jurisprudência e doutrina a interpretação da lei.

Assim, como exemplo, em vez de dizer em que situações caberia a interceptação, optou por elencar um rol de casos onde ela não é possível, o que atrapalha sobremaneira o intérprete e dá a entender que a interceptação é regra, o que não é verdade. Além disso, não regulou a escuta e a gravação telefônica. Outro tema controvertido é sobre a constitucionalidade ou não do art. 1º da mencionada lei”.

### 5.1 Comunicações telefônicas de qualquer natureza

Há que se atentar para a abrangência da referida lei para entendermos até que ponto ela deve ser aplicada, daí a importância de uma minuciosa observação no seu texto legal.

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O artigo 1º permite a interceptação telefônica de qualquer natureza, mas o que se deve por isso entender?

Num passado recente, quando se falava em comunicações telefônicas, pensava-se exclusivamente em conversa telefônica.

Atualmente com o desenvolvimento galopante da informática a expressão comunicação telefônica não se restringe mais as comunicações por telefone, devendo abranger também a transmissão, emissão, receptação e decodificação de sinais linguísticos, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza por meio de telefonia, estática ou móvel (celular). Nas comunicações telefônicas incluem-se as transmissões de informações e dados constantes de computadores e telemáticos, desde que feitas por meio de cabos telefônicos (e-mail, por exemplo).

No mesmo sentido assinala Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 112):

(...) “comunicações telefônicas ‘de qualquer natureza’, destarte, significa qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico. Pouco importa se isso se concretiza por meio de fio, radioeletricidade (como é o caso do celular), meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Com uso ou não da informática. É a hipótese do ‘fax’, por exemplo, em que se pode ou não utilizar o computador. Para efeito de interpretação da lei, o que interessa é a constatação do envolvimento da telefonia, com os recursos técnicos comunicativos que atualmente ela permite. Ora esses recursos técnicos são combinados com o computador (comunicação modem by modem, por exemplo, via internet ou via direta), ora não são. Tanto faz. De se observar que a interceptação do ‘fluxo de comunicações em sistema de informática’ está expressamente prevista no parágrafo único do art. 1º”.

Com relação ao parágrafo único do artigo 1º, há grande polêmica sobre a sua constitucionalidade, pois o texto constitucional no seu artigo 5º, XII, na parte final dispõe “salvo no último caso” que diz respeito às comunicações telefônicas e não as comunicações de sistemas de informática e telemática.

Por telemática podemos entender a ciência que estuda a comunicação associada à informática, nesse sentido Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, (op. cit., p. 165): “*é a ciência que cuida da comunicação (transmissão, manipulação) de dados, sinais, imagens, escritos e informações por meio do uso combinado da informática (do computador) com as várias formas de telecomunicação. Sucintamente, telemática é telecomunicação (qualquer uma das suas variadas formas) mais informática*”.

Capez (2012, p. 376) ensina:

“Assim, a Lei n. 9.296/96 estabeleceu os requisitos para a autorização da quebra do sigilo no seu art. 2º, mas estendeu essa possibilidade também à

hipótese das transmissões de dados (art. 1º, parágrafo único), tornando-a de duvidosa constitucionalidade, já que a norma do art. 5º, XII, da CF só permitiu a violação do sigilo no caso das comunicações telefônicas (convém lembrar que o mencionado dispositivo apenas admitiu a violação do sigilo “no último caso...”, que é justamente o caso das comunicações telefônicas”).

Nesse sentido Grinover (2001) compartilha o entendimento de Greco Filho (1998) que entende que quando se admite a interceptação de comunicações pelo sistema de informática e telemática, estaria violando o sigilo dos dados que é proibido pela Constituição Federal.

O grande fluxo de informações via computador, por meio da internet e outros meios de comunicações, usados atualmente devido à facilidade que a informática veio trazer a vida das pessoas, que podem se relacionar pelo seu micro, bem como fazer compras, inscrições, cadastros, abrir contas bancárias, veio acirrar a discussão sobre a validade da interceptação feita por meio da informática.

Há uma corrente doutrinária que diverge de Greco Filho, e afirma a total constitucionalidade do parágrafo único do citado artigo e entende que a Lei das Interceptações Telefônicas abrangeria também as comunicações telemáticas, uma vez que os direitos assegurados não são absolutos quando em confronto com o interesse público, que é considerado de maior relevância.

Muitos doutrinadores acreditam que com a evolução dos métodos utilizados pelos criminosos, que cada vez mais estão se aperfeiçoando para prática de crimes ligados a informática, há que se fazer uma interpretação extensiva da lei para alcançar esses marginais da era moderna que tem como seu aliado o computador, que com um simples toque ao mouse efetuam ilicitamente a transferência de milhões de dólares de contas particulares para as suas, aplicando golpes gigantescos nas pessoas.

Assim, comenta Silva (2002, p. 70):

“Entretanto somos obrigados a discordar dos renomados mestres. A criminalidade está a reclamar um combate eficaz através de meios modernos. Sendo vedado à polícia e justiça o acesso a banco de dados e interceptação em sistema de telemática, como quer parte da doutrina e jurisprudência, o Brasil está fadado a ser controlado pelo crime organizado, que hoje opera em praticamente todos os países, utilizando-se de avançados sistemas de comunicação via modem. Dificilmente obter-se a provas substanciais para o desbaratamento de organizações criminosas sem o acesso a esses sistemas de comunicação e dados”.

Alexandre Moraes (2003) também entende que é perfeitamente possível a interceptação em outras espécies de inviolabilidade, dada à relatividade da norma constitucional, uma vez que nenhuma liberdade é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências, das comunicações e de dados, sempre que forem usadas para acobertar a prática de ilícitos penais.

Interessante lição nesse sentido é adotada por Damásio de Jesus:

“Inclino-me pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de ‘comunicações telefônicas’, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona ‘comunicações telefônicas’, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de ‘dados’. É o caso do uso do modem. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, ‘digitar’ e não ‘falar’. (...) A circunstância de a CF expressamente só abrir exceção no caso da comunicação telefônica não significa que o legislador ordinário não possa permitir a interceptação na hipótese de transmissão de dados. Não há garantias constitucionais absolutas” (RT, 735:458).

Deverá haver um entendimento para que se busque uma solução para o problema, pois sabemos que as normas constitucionais devem ser observadas, no entanto não devemos permitir que a impunidade venha a prosperar, porque é notório que vários crimes são praticados por meio da informática, como, por exemplo, a pedofilia em que são vitimadas muitas crianças.

## **5.2 Requisitos para interceptação telefônica**

De acordo com o art. 5º, XII, da Constituição Federal: *“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”*. Por força da Carta Magna são requisitos mínimos: (a) exigência de ordem judicial devidamente fundamentada; (b) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; c) que a interceptação seja realizada para fins de investigação criminal (medida cautelar) ou instrução processual penal (medida cautelar incidental).

Revelando péssima técnica legislativa a Lei 9.296/96 ao invés de prever os casos em que é permitida a interceptação optou por prever quando ela não será admitida, pois assim dispõe a 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 dever ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Com a leitura do artigo mencionado podemos observar que mais uma vez o legislador deixou dúvida no texto da lei, pois não fica claro quando a interceptação pode ser realizada, e sim as hipóteses em que não será admitida. Em decorrência desse artigo Gomes Filho (1996, p. 14) e Avolio (2010, p. 226-227) lastimam, respectivamente, que:

“O artigo 2º da Lei n. 9.296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável porque a redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, exceção”.

Neste contexto, Capez (2009, p. 321) destaca os principais requisitos legais para o deferimento da interceptação telefônica são: a) Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal; b) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; c) Que a infração penal seja crime punido com reclusão; d) Que não exista outro meio de se produzir a prova; e) Que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processo criminal.

Vejamos, então separadamente, cada um desses requisitos:

a) Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal

Segundo Capez (2012, p. 384):

(...) “trata-se de requisito constante do art. 1º da Lei. Somente o juiz competente para o julgamento da ação principal poderá determinar a quebra do sigilo telefônico, jamais o Promotor de Justiça ou o Delegado de

Polícia poderão fazê-lo. Obviamente que se trata de juiz que exerça jurisdição penal, seja esta eleitoral, militar ou comum, já que a interceptação será realizada para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Assim, o juiz que determinar a quebra do sigilo será o competente para a ação principal. Na hipótese em que dois ou mais juízes forem igualmente competentes, aplicar-se-á a regra de prevenção prevista no art. 83 do CPP”.

#### b) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal

A lei exige que haja indícios razoáveis de autoria ou participação do investigado no crime, ou seja, é o “*fumus boni iuris*”, a fumaça do bom direito, pois não pode ser invadida a privacidade das pessoas sem que exista uma real necessidade consubstanciada na existência concreta de um fato que vai além de mera suspeita. O professor Avolio (2010, p. 227) relata que:

“A existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (inc. I) constitui requisito geral das medidas cautelares, o *fumus boni iuris*, referindo-se a autoria ao agente e a infração penal à sua materialidade. Nem precisaria ser enunciado como pré-requisito das interceptações telefônicas, pois seria difícil imaginar que um juiz deferisse provimento dessa natureza sem respaldo num princípio de prova. Assim, não poderia ser deferida a interceptação para iniciar uma investigação”...

Segundo Antonio Scarance Fernandes (2000, p. 92): “*Para que o juiz possa avaliar a presença no caso concreto destas duas exigências, haverá necessidade de investigação iniciada ou processo instaurado (art. 3º, I), ficando, em princípio, excluída a possibilidade de interceptação para iniciar a investigação*”.

#### c) Que a infração penal seja crime punido com reclusão

A lei obriga também que os crimes a serem investigados por meio da interceptação sejam aqueles apenados com a reclusão, ou seja, somente nos crimes mais graves é que poderá ser deferido pelo juízo competente, o instituto da interceptação. Contudo, ensina Capez (2012, p. 386):

(...) “conforme a doutrina, tal critério trouxe duas impropriedades: a) deixou de lado crimes apenados com detenção, como a ameaça, comumente praticado via telefone, ou mesmo contravenções, como o jogo do bicho; b) ao elencar genericamente todas as infrações penais apenadas com reclusão como objeto da interceptação, alargou sobremaneira o rol dos delitos passíveis de serem investigados por quebra do sigilo telefônico, crimes estes, muitas vezes, destituídos de maior gravidade, o que torna discutível, no caso concreto, o sacrifício de um direito fundamental como o sigilo das comunicações telefônicas”.



Nestes casos defende ainda o mesmo autor, a necessidade de incidência da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos, afastando o sacrifício do sigilo telefônico em prol de um bem de menor valor.

Alguns autores, dentre eles Antonio Magalhães Gomes Filho, opinam pela inconstitucionalidade do inciso III, do artigo 2º, quando se estende a todo e qualquer crime apenado com a reclusão. Achrom que o juiz deverá analisar com cautela o caso concreto para deferir a autorização para efetivação da interceptação telefônica.

Grinover; Fernandes; Gomes Filho (2001, p. 185) dizem:

“O judiciário poderá considerar inconstitucional a ordem de interceptação em crimes de gravidade menor, no caso concreto, pelo controle difuso. E o STF poderá, em ação direta, julgar o dispositivo inconstitucional no que tange a sua aplicabilidade com relação a qualquer crime apenado com reclusão, oferecendo a lei interpretação integrativa, nos moldes do que é usual nas Cortes Constitucionais de outros países. Já há precedentes nesse sentido na nossa Corte Suprema, que tem utilizado o termo interceptação conforme (ver, por exemplo, decisão sobre a forma de atualização monetária dos precatórios, contestada em ação direta pelo governo de São Paulo, em que o STF em dezembro de 1996, assentou que a inconstitucionalidade dos incisos 1, 6 e 10 do art. 337 do Regimento interno do TJSP se submete a limites)”.

Para os professores Mendes, Coelho; Branco (2007, p. 612): *“Deve o juiz estar atento às circunstâncias específicas de cada caso, para, procedendo ao exame de proporcionalidade, justificar a admissibilidade ou não de interceptação telefônica”*.

d) Que não exista outro meio de se produzir a prova

Também devem ser utilizados todos os meios possíveis permitidos em lei, para que o crime seja apurado e que o pedido de interceptação seja feito somente em último caso, assim esse requisito deixa claro que a interceptação telefônica só pode ser admitida quando inexistentes, à época da autorização, outros meios idôneos disponíveis para a investigação da infração e respectiva autoria (*periculum in mora* – indispensabilidade do meio de prova).

Portanto fica claro que tanto a Autoridade Policial quanto o representante do Ministério Público deverá esgotar todos os outros meios de prova a exemplo a prova testemunhal ou pericial, pois a quebra do sigilo telefônico, por constituir medida excepcional, somente deverá ser utilizada quando a prova não puder ser

obtida por outros meios. Por se tratar de medida que restringe um direito fundamental do cidadão, qual seja o seu direito à intimidade e liberdade de comunicação, caberá ao juiz, no caso concreto, avaliar se há alternativas menos invasivas, menos lesivas ao indivíduo.

Opinam ainda alguns autores que quando o juiz autorizar a interceptação, sendo possível a obtenção de prova por outros meios legais, esta será considerada ilícita para fins processuais.

e) Que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processo criminal.

Segundo Capez (2012, p. 386):

(...) “trata-se de requisito constante da Carta Magna e que foi reproduzido pela Lei n. 9.296/96 em seu art. 1º. Assim, não se admite a quebra do sigilo para instruir processo cível, por exemplo, ação de separação por adultério, em que é comum a ação de detetives particulares “grampeando” o telefone do cônjuge suspeito, já que a autorização só é possível em questão criminal. Da mesma forma, incabível a interceptação em sede de inquérito civil ou ação civil pública”.

Sendo assim, a interceptação telefônica só é possível no âmbito penal, conforme previsão do art. 1º da Lei n. 9.296/96, nos casos de investigação criminal e instrução processual.

### **5.3 Delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito passivo da interceptação**

De acordo com parágrafo único do artigo 2º da lei em exame, será sempre obrigatória a descrição com clareza da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. A perfeita individualização do sujeito passivo é exigida em razão da impossibilidade de interceptação genérica, afinal estamos diante de uma medida cautelar excepcional e invasora de privacidade alheia.

A indicação do sujeito passivo esta atrelada a existência de indícios de autoria ou participação e cabe ao juiz, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada, indicar o nome ou apelido do investigado. Logicamente, não contando os órgãos da persecução penal com a identificação/qualificação dos investigados, nada

impede que seja determinada a interceptação telefônica, hipótese que como dito anteriormente, caberá ao juiz apontar as razões fáticas que o levou a impossibilidade de fazer menção à qualificação dos investigados.

Há a necessidade também da descrição clara da situação do objeto da investigação criminal, com a delimitação fática (objetiva) do fato que se quer comprovar, pois além de exercer importante papel de garantia, no sentido de se coibir interceptações para apurar fatos indeterminados, essa delimitação da situação objeto da investigação também é de vital importância no tocante à descoberta de elementos probatórios relacionados a outros delitos (encontro fortuito).

A posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de entender pela possibilidade de utilização das provas provenientes do encontro fortuito, desde que os delitos a que se referem os fatos fossem punidos com reclusão, já que a garantia constitucional da privacidade já teria sido mitigada, não havendo por isso impedimento a utilização. Vê-se, portanto, que há divergência sobre a admissibilidade da prova fortuita no processo penal, quando proveniente de interceptação telefônica autorizada judicialmente, prevalecendo o entendimento de que seriam tais provas válidas se guardada conexão entre o fato investigado e a prova do descoberto.

#### **5.4 O encontro fortuito de provas e a interceptação telefônica (serendipidade)**

Tema que provoca certa controvérsia na doutrina e na jurisprudência diz respeito ao encontro fortuito de provas e a interceptação telefônica. Discute-se sobre a validade de uma prova descoberta por acaso, a partir de uma interceptação telefônica, quando se buscava, na realidade a prova de fato diverso.

Dentre os requisitos da decisão judicial que autoriza a violação da comunicação telefônica, dois deles são de fundamental relevância, ambos previstos no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, quais sejam: a individualização do crime ou dos crimes objeto da medida cautelar, bem como a pessoa ou as pessoas que estão sendo investigadas, isso porque inicialmente, aguarda-se uma relação adequada entre o que se procura e o que efetivamente foi encontrado. No entanto, eventualmente, há discordância entre ambos, fato que deve ser imediatamente

comunicado ao magistrado que proferiu a ordem judicial, a fim de que se delibere a respeito.

Em outras palavras, supondo-se que uma interceptação telefônica tenha sido autorizada para apurar crime punido com reclusão, por exemplo, tráfico de drogas praticado por determinado indivíduo, a questão é saber se seria possível a utilização de elementos probatórios colhidos casualmente ao longo da diligência em relação a outras infrações penais, por exemplo, homicídio, e/ou em relação a outras pessoas.

Segundo Gomes (2010, p. 470):

(...) “sendo o fato objeto do encontro fortuito conexo com o fato que se busca investigar ou se o agente encontrado tem relação de continência com esse fato, na forma do artigo 76 do Código de Processo Penal, são as provas assim obtidas válidas. De outro lado, inexistindo essa relação, o que se encontrou não poderá valer como prova, mas como *notitia criminis*”.

Por razões técnicas, no transcorrer da execução da interceptação telefônica não é possível distinguir o que é ou não objeto da investigação, o que resulta no encontro fortuito.

Terá validade a prova de novo crime descoberto por meio da captação telefônica, desde que haja conexão ou continência (Código de Processo Penal, arts. 76 e 77 – encontro fortuito de primeiro grau) com o fato autorizador da interceptação. Caso contrário (inexistente conexão ou continência – encontro fortuito de segundo grau), só poderá ser utilizado como *notitia criminis*, o que ensejará o início de nova investigação, até mesmo nova interceptação independente, não havendo que se falar em “ilegalidade por derivação”, porque a notícia foi colhida no bojo de uma interceptação legalmente realizada.

A jurisprudência, porém, vai um pouco mais além do entendimento doutrinário, entendendo que, se no curso de uma interceptação que apura infração punida com pena de reclusão descobre-se um delito punido com detenção ou praticado por outra pessoa, a transcrição final da captação pode ser usada não só como *notitia criminis*, mas também como legítimo meio probatório para fundamentar um decreto condenatório.

Nessa mesma linha, o STF já entendeu que é possível a interceptação ser utilizada como prova em crime punido com detenção, basta que este seja conexo

com o crime de reclusão para o qual foi autorizada a interceptação, desde que esta tenha ocorrido de forma fundamentada, legal e legítima. Do contrário, levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de captação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem conexos com crimes punidos com detenção.

Além disso, em alguns julgados do STJ, se quer tem sido imposta como obrigatória a existência de conexão ou continência entre as infrações penais quando se tratar de encontro fortuito de informações sobre delitos futuros, valendo a interceptação telefônica devidamente autorizada como *notitia criminis*. Neste caso, não se deve exigir conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, por três razões: 1º) a própria Lei não exige conexão ou continência entre tais crimes ou criminosos; 2º) a interceptação foi realizada de forma legal e com ordem judicial, apesar de ter descoberto crime ou criminoso não indicado no pedido, a prova se consolidou de forma lícita; 3º) o Estado não pode se manter inerte diante da notícia de um crime.

### **5.5 Prova emprestada**

Segundo Capez (2012, p. 388) prova emprestada: *“É aquela produzida em determinado processo e a ele destinada, depois transportada, por traslado, certidão ou qualquer outro meio autenticatório, para produzir efeito como prova em outro processo”*.

Embora seja trazida ao segundo processo pela forma documentada, a prova emprestada tem o mesmo valor da prova originalmente produzida, ou seja, apesar de sempre ter a forma documental, o valor probante da prova emprestada é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo.

De acordo com a doutrina majoritária a utilização da prova emprestada não pode gerar efeito contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário, observando-se, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Como já visto, a regra geral é de que a interceptação só é permitida para fins de investigação criminal ou instrução penal. Nesse sentido, respeitável doutrina inclina-se pela inadmissibilidade do uso da interceptação de comunicações

telefônicas fora das hipóteses constitucionalmente permitidas, e já elencadas acima (investigação criminal e instrução processual penal). Ao se permitir a utilização da interceptação telefônica por meio de prova emprestada em processos de natureza diversa, estar-se-á diante de uma violação indireta à Lei Maior, na medida em que se permitiria por via oblíqua o que o texto constitucional proíbe pela via direta.

Contrariamente, para os defensores desta admissibilidade, não há que se proibir este empréstimo de prova quando a interceptação telefônica tiver sido realizada de acordo com os ditames estatuídos pela Lei nº 9.296/96, caso em que a mesma terá sido lícitamente produzida. Sendo assim, ao romper-se o sigilo das comunicações telefônicas mediante a interceptação, não haveria razões para obstar o empréstimo do conteúdo obtido através desta, já que a intimidade fora lícitamente violada.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram entendimento de que a interceptação telefônica, devidamente autorizada, realizada durante a investigação criminal ou instrução processual penal pode, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa em ambas as esferas, ser utilizada como prova emprestada. Por exemplo, em processo administrativo disciplinar para a demissão de servidor público, inclusive contra servidores que não figuraram no processo penal onde a prova foi produzida (STF, Pet 3683 QO/MG, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035 19-02-2009).

## **5.6 Do procedimento**

Como dispõe o art. 3º da Lei 9.296/96, a interceptação poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, no decorrer do inquérito policial ou durante o processo, ou ainda, por representação da Autoridade Policial, na fase inquisitiva.

Convém, antes de qualquer coisa, assinalar que o procedimento da interceptação telefônica é de natureza cautelar, cuja medida poderá ser preparatória, se realizada antes da propositura da ação penal, ou incidental, quando realizada durante a instrução processual penal.

Como se percebe da simples leitura do artigo 3º, o único legitimado para determinar a interceptação telefônica é o juiz competente para a ação penal e por conta do legislador ter se utilizado da expressão "... poderá ser determinada pelo juiz...". A doutrina diverge se o juiz pode ou deve determinar a interceptação.

Alguns doutrinadores como Parizatto (1996, p. 37), entendem que se trata de uma faculdade judicial, e mesmo se preenchidos os requisitos legais, não há obrigatoriedade em deferir a solicitação de captação telefônica, que ficará a critério do magistrado competente. Em sentido contrário, vários doutrinadores como Gomes (2010, p. 478) defendem que, se for constatada a subsunção da situação fática aos pressupostos legais, a autoridade judiciária estará obrigada a acolher a postulação de violação da comunicação telefônica.

A expressão **poderá** tem o sentido de que incumbe ao magistrado proceder à constatação fática e jurídica do que se lhe pede.

Ainda de acordo com o disposto no art. 3º da Lei, são legitimados para requerer a interceptação telefônica: a) a autoridade policial, por meio de representação, apenas na fase da investigação criminal. Apesar de a lei não se referir expressamente à necessidade de prévia manifestação do Ministério Público, entendemos ser recomendável; b) o representante do Ministério Público, tanto na fase investigatória como na fase judicial. Em que pese existir controvérsia se o Ministério Público pode ou não presidir investigação, o Superior Tribunal de Justiça entende que esta instituição pode pedir a interceptação telefônica em investigação que ela está presidindo.

Por analogia, na ação penal de iniciativa privada, deve-se conferir ao querelante legitimidade para requerer a interceptação, uma vez equiparado à figura do promotor de justiça, por ser autor/titular na ação penal privada e ter o ônus de provar a acusação. Nos crimes de ação penal pública, a lei não confere legitimidade a vítima para requerer interceptação telefônica, apesar disso, queremos crer que a vítima pode sugerir à autoridade policial ou ao órgão do Ministério Público que requeiram a diligência.

Como se percebe da leitura do referido dispositivo, a lei nada menciona acerca da possibilidade de a defesa requerer a interceptação. Apesar do silêncio da lei, há doutrinadores que entendem ser possível tanto ao acusado quanto seu advogado, em face do princípio da proporcionalidade, requerer diretamente ao juiz a realização da interceptação. Em oposição há corrente que entende não ser possível

ao acusado e seu defensor requerer diretamente ao juiz a realização da interceptação, o que não significa dizer, no entanto, que os mesmos não possam instar a autoridade policial ou o órgão ministerial para que exerçam sua legitimidade.

Outra grande polêmica suscitada pelo referido dispositivo é o fato da legislação permitir ao juiz que decreta de “ofício” interceptação telefônica nas fases de investigação criminal e de instrução processual penal. Na visão de grande parte da doutrina o caput do artigo 3º da Lei nº 9.296/96 é inconstitucional, pois cria a figura do juiz inquisidor, violando o sistema acusatório do processo, o princípio da imparcialidade do juiz, da inércia de jurisdição e o devido processo legal, tornando-o conflitante com nosso sistema processual penal que é acusatório, onde existe uma nítida divisão entre o órgão acusador e o julgador. No mesmo sentido, Gomes (2010, p. 484):

(...) “seja porque viola o processo acusatório, que tem incontestável assento constitucional, seja porque retira do juiz a necessária imparcialidade que, para além de representar uma importante garantia, é nota essencial da jurisdição, no nosso entender, é absolutamente inconstitucional a determinação da interpretação telefônica pelo juiz de ofício na fase pré-processual”.

Com entendimento contrário, Avolio (2010, p. 238) afirma que:

“Poderia fazê-lo durante a fase do inquérito policial? Penso que sim, pois não vislumbro aí a figura do juiz inquisidor, o processo cautelar pode ser utilizado sempre que necessário, e não ficaria o juiz impassível diante de eventual inércia do Ministério Público ou da autoridade policial. O que o juiz não pode, por força do princípio da inércia da jurisdição, é iniciar a investigação ou a ação penal. Mas tendo-se deflagrado o inquérito, se pode ele o mais (decretar a prisão provisória), também poderia determinar diligência probatória, de cunho cautelar”.

Entretanto, uma vez no curso da ação penal, a maioria dos doutrinadores entende pela inexistência de inconstitucionalidade, pois a autoridade judiciária estaria utilizando-se do poder geral de cautela em busca da verdade real e nos moldes do sistema do livre convencimento. Afinal, vislumbrando a necessidade da decretação da medida, não se pode privar o magistrado de importante instrumento para assegurar o melhor acerto dos fatos delituosos submetidos a julgamento.

Acerca do assunto, importa registrar a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.450, ajuizada pela procuradoria-geral da república em face do artigo 3º da Lei nº 9.296/96, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do referido dispositivo,



excluindo-se a interpretação que permite ao juiz, durante a fase pré-processual penal, determinar de ofício a violação das comunicações telefônicas.

Conforme esclarece o artigo 4º da Lei nº 9.296/96, o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração do crime e a indicação dos meios a serem empregados para a concretização da violação. Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo. O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Essa hipótese de autorização para que o pedido seja formulado verbalmente é muito remota e restrita a casos excepcionais, mas desperta a preocupação dos doutrinadores, uma vez que estaria prejudicado ao juiz examinar a presença dos requisitos essenciais que deverão estar presentes para a admissibilidade da medida. A urgência, porém, pode justificar a previsão legal nesses casos excepcionais, mas requer ao magistrado um exame detalhado do caso.

A necessidade de demonstração de que a interceptação telefônica é necessária, esta atrelada ao *periculum in mora* disposto no inciso II, do artigo 2º da Lei em estudo, e é mais uma garantia de que somente nos casos especiais será concedida a utilização da medida. Isso equivale dizer que nada será feito a bel prazer de qualquer dos órgãos envolvidos no processo.

Cabe, ainda, ao requerente apresentar os meios que serão empregados para concretizar a captação telefônica, ou seja, que tipo de aparelho ou tecnologia será utilizado; como funcionam; se será necessária ou não a intervenção das concessionárias de serviços públicos, entre outros. Claro que o objetivo da Lei com esse dispositivo é que, entre outras coisas, seja afastada a utilização de meios ilícitos ou proibidos.

Quanto ao prazo máximo de vinte e quatro horas, para a Vice-Procuradora Geral da República e para o Advogado Geral da União, nas manifestações prolatadas na Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.113, a extrapolação do prazo trata-se de mera irregularidade, por se tratar de prazo impróprio, cujo descumprimento não enseja consequência alguma para o processo,

de modo que, especialmente em face de casos de maior complexidade, não há impedimento algum a que o juiz o extrapole.

Diz ainda o artigo 5º da Lei nº 9.296/96, que a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovado a indispensabilidade do meio de prova.

A mera repetição dos termos legais da letra da lei e a motivação genérica, desacompanhadas da indicação de motivos concretos, não são consideradas fundamentação de decisão judicial que permite a interceptação telefônica. Entretanto, o STJ já entendeu suficientemente motivada a ordem judicial que faz referência expressa aos fundamentos utilizados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público

Ademais, a Lei nº 9.296/96 indica o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a conclusão da diligência. Tal limite é necessário por se tratar de uma medida que restringe um direito fundamental. O juiz, ao analisar o pedido de violação ao sigilo telefônico, deve fixar o tempo que reputar adequado para alcançar o objeto da medida cautelar, sempre respeitando o limite legal. O prazo se inicia do primeiro dia em que ocorrer a captação da comunicação.

O prazo para que a autoridade policial termine a diligência, portanto é de quinze dias. Havendo a necessidade de prorrogação do prazo, no caso de não obtenção da prova necessária para a instrução do processo, poderá o juiz, a pedido da autoridade, com a concordância do Ministério Público, prorrogá-lo por mais quinze dias, podendo este se necessário ainda ser renovado, pois, a depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas.

Tem sido essa a posição majoritária no STF e STJ que já se manifestaram indicando que a prorrogação pode ocorrer quantas vezes for necessária, desde que fundamentada (permanência dos pressupostos legais) a necessidade de cada renovação.

Além disso, o pedido de dilação deve ser elaborado e deferido antes do limite máximo fixado na captação anterior, evitando-se uma solução de continuidade,

pois caso ocorra este período desautorizado o mesmo será nulo, por violação ao preceito do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal.

Nos termos do artigo 6º, caput, da Lei nº 9.296/96, deferido o pedido, independentemente de quem o tenha elaborado, será incumbência da autoridade policial conduzir o procedimento de interceptação telefônica, dando ciência ao Ministério Público, que, querendo, acompanhará os trabalhos ficando inteirado dos acontecimentos ocorridos por meio das informações prestadas pela autoridade policial cumprindo assim o dispositivo previsto na lei. O Superior Tribunal de Justiça já admitiu que a interceptação fosse conduzida pela Polícia Rodoviária Federal, com base nas funções de auxiliar na repressão e investigação de crimes dispostas no artigo 1º, inciso X, do Decreto 1.655/95 (HC 46.630/RJ, STJ), por órgãos compostos por policiais militares e civis e por órgão que não integra a polícia (HC 131836/RJ, STJ).

Mencionado dispositivo ressalta ainda que caso haja possibilidade técnica de gravar a conversa telefônica captada, deve-se, obrigatoriamente, fazê-la, com vistas à maior aferição da veracidade da prova, sua idoneidade técnica e autenticidade da voz, para oportuna valoração do juiz. A gravação atesta a existência da fonte de prova, ou seja, da comunicação via telefone. Em seguida deve ser realizada a transcrição, pois esta fixa a prova em juízo (meio de prova).

Caso ocorra a inviabilidade de realizar a gravação das conversas, esta será trazida aos autos por meio de prova testemunhal, através da oitiva dos responsáveis por executar a interceptação telefônica.

Os Tribunais Superiores já decidiram que a degravação poderá ser parcial. Basta que sejam transcritos os trechos necessários ao oferecimento da denúncia ou queixa, desde que assegurados às partes acesso irrestrito a todo conteúdo gravado, inclusive o que não foi transcrito, obtendo cópias integrais da mídia que contém as gravações.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de submissão da prova a qualquer perícia, bem como de que a transcrição seja realizada por peritos oficiais, cuidando-se de tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, pode ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação.

Cumprida a diligência, o responsável pela execução da interceptação encaminhará o resultado ao Poder Judiciário acompanhado de auto circunstanciado,

que deverá conter o resumo das operações realizadas, a duração da captação, o telefone interceptado, pessoas envolvidas, etc. (art. 6º, § 2º, Lei nº 9.229/96), mesmo quando a interceptação não tenha tido êxito.

Recebidos esses elementos, o magistrado determinará sua autuação em apartado ficando apensado aos autos do inquérito policial ou do processo penal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (artigo 8º, da Lei nº 9.296/96). A autuação em apartado está em consonância com a privacidade e com o segredo de justiça previsto no artigo 1º da Lei nº 9.296/96. A ausência de auto apartado, respeitado o sigilo, segundo o STJ, enseja nulidade relativa.

Durante a colheita da prova o segredo há de ser absoluto frente ao investigado e eventual defensor. Uma vez obtida a prova, urge o levantamento do sigilo interno, em respeito à ampla defesa constitucional e ao contraditório.

Apesar do dissenso doutrinário quanto ao momento em que o auto apartado da interceptação telefônica, realizada durante a investigação criminal, deve ser encaminhado ao juiz competente. Segundo artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial, ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos artigos 407, 502 ou 538 do CPP.

É importante advertir que uma coisa é apensar os autos separados, outra bem diferente é o acesso do conteúdo da captação telefônica pelos interessados. Concluída a diligência, deve prevalecer a publicidade interna restrita, ou seja, o acesso do investigado/réu e do defensor ao conteúdo da prova a fim de permitir o contraditório diferido, mesmo sem o apensamento.

As decisões do STF e a súmula vinculante nº 14 permitem que a defesa tenha acesso a todas as provas já documentadas em procedimento investigatório, incluindo-se a interceptação telefônica.

O artigo 7º permite à Autoridade Policial requisitar serviços e técnicos especializados a concessionária de serviços públicos, sob pena de crime de desobediência. A requisitada não pode eximir-se do cumprimento. De outro lado, deve prestá-los de maneira gratuita. Quanto a esse artigo há entendimento de que as operações técnicas deveriam ser somente feitas por serviços públicos de telefonia, o que garantiria uma maior segurança no procedimento da interceptação,

pois essas empresas gozam de maior credibilidade junto aos órgãos e dificilmente ocorreria violação dos segredos apurados com a interceptação.

Mediante requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, jamais de ofício, seja durante o inquérito policial, seja durante a instrução ou mesmo após esta, o juiz deverá inutilizar, imediata e obrigatoriamente, a gravação, o auto circunstanciado, as transcrições, eventuais testemunhos que não tenham relevância para a obtenção da prova desejada, com isso o artigo 9º da Lei n.º 9.296/96 objetiva tutelar o direito a intimidade.

O conteúdo da fita que não for de interesse para o processo será destruído por determinação da decisão judicial. Essa destruição poderá ocorrer durante a fase do inquérito policial ou no final da instrução processual, mediante requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. Vale ressaltar que todos esses procedimentos deverão ser de conhecimento do representante do Ministério Público, que deverá assistir o incidente de inutilização, sendo essa prerrogativa facultada ao acusado ou seu representante legal.

Essa faculdade (presença do acusado ou de seu representante legal no incidente de inutilização) é outro ponto controverso da Lei (parágrafo único, art. 9º), gerando intensa discussão sobre sua constitucionalidade devido o princípio da ampla defesa e direito de defesa técnica, ambas asseguradas na Constituição Federal.

## **5.7 Do crime de Interceptação**

Sem dúvida entre os mais importantes dispositivos da Lei de Interceptações Telefônicas esta o artigo 10, que criou um novo tipo penal em nosso ordenamento jurídico. Diz o referido artigo:

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

Antes da elaboração da referida Lei, o crime de interceptação telefônica era previsto no artigo 56, do Código Brasileiro de Telecomunicações, que foi derogado tacitamente.

Atualmente será aplicada a Lei das Interceptações para punir aqueles que praticarem condutas que se enquadrem no artigo 10 da lei em comento, cuja objetividade jurídica é proteger a liberdade de comunicação.

Por se tratar de neocriminalização (*novatio legis incriminadora*), o artigo em estudo somente se aplica aos fatos ocorridos a partir de 25 de julho de 1996 (publicação e vigência da lei).

Há no tipo penal criado duas condutas distintas: a de interceptar a comunicação telefônica, de informática ou de telemática, e a divulgação de seu conteúdo.

No primeiro caso temos a realização de interceptação que consiste na captação, realizada por terceiro, da comunicação telefônica, de informática ou telemática (objeto material), sem o conhecimento dos interlocutores e sem a devida autorização judicial (requisito normativo). Então exige-se que a interceptação seja realizada: a) sem autorização judicial: consistente na realização de interceptação sem a obtenção de autorização judicial mediante procedimento previsto em lei; b) ou com objetivos não autorizados em lei. Para a configuração do crime não há necessidade da revelação do teor da conversa, o qual, se ocorrer, será mero exaurimento. A interceptação pode ser realizada de qualquer modo (delito de forma livre).

Trata-se de crime comum. Qualquer pessoa pode praticá-lo, não se exigindo nenhuma qualidade especial. Os sujeitos passivos são as pessoas cuja conversa está sendo captada pelo interceptador (comunicadores). Exige-se que pelo menos um dos comunicadores desconheça a interceptação, pois o consentimento deles exclui o crime ante a disponibilidade do bem jurídico. A tentativa é admissível quando o indivíduo é flagrado instalando os equipamentos necessários para a interceptação.

O segundo crime previsto na lei é “quebrar segredo de justiça” que é a quebra do segredo relativo ao conteúdo da interceptação, ou seja, revelar a outrem o conteúdo do procedimento. Trata-se de crime próprio, é evidente que esse tipo de crime somente pode ser praticado por pessoas que tenham conhecimento da interceptação, ou seja, juiz, promotor, delegado de polícia, serventuários da justiça, agentes policiais, peritos, empregados de concessionárias, advogado, etc. Sujeito passivo consoante Luiz Flávio Gomes (1997 p. 246): “*caso se concretize durante o procedimento inicial ou durante as diligências da interceptação, sujeito passivo é o*

*Estado (que vê frustrada a possibilidade de se conseguir uma prova). Caso ocorra a quebra das gravações ou das transcrições, sujeitos passivos são todos os comunicadores”.*

A tentativa neste caso (quebrar segredo de justiça) é possível, por exemplo, se o agente (juiz, promotor de justiça, perito, escrivão, etc.) envia uma carta aos comunicadores avisando-os da existência de grampo telefônico, mas a carta é apreendida por terceiros.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a competência para julgar esses crimes, em regra, é da Justiça Estadual, exceto se afetar diretamente bens ou interesses da União, quando a competência será da Justiça Federal.

A ação penal é pública incondicionada, pois inexistente lei expressa em sentido contrário, nos termos do artigo 100 do Código Penal.

Fica claro no texto da lei que todo tipo de interceptação telefônica depende de autorização judiciária e aquele que pratica a conduta de interceptar comunicação telefônica, de informática ou telemática, ou ainda quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial será responsabilizado e sofrerá a sanção penal prevista.

## CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa restou clara a necessidade de se respeitar às garantias constitucionais asseguradas às partes, para que nenhum direito seja violado gerando nulidades no processo.

No decorrer das diversas abordagens que foram feitas sobre a prova e sua ilicitude, foi possível perceber que ela visa reconstruir os fatos passados e demonstrar ao julgador a verdade ocorrida de modo a formar a sua convicção, a fim de fundamentar suas decisões e poder bem julgar a causa.

O conceito de prova, sua finalidade e principalmente sua admissibilidade no processo e os limites impostos a ela, foram itens observados.

Os possuidores do direito à prova são as partes, as quais possuem direito de igualdade de condições, onde cabe ao Estado analisar e decidir conforme as provas vinculadas ao processo. Esse direito à prova está garantido na Constituição Federal e pode ser exteriorizado quando da observância do princípio do devido processo legal, que abrange o contraditório e a ampla defesa, onde as partes têm seu direito de defesa amplamente garantido, podendo utilizar todos os meios legais para provar o direito reclamado.

Por outro lado temos a prova ilícita que é aquela obtida com infringência a direitos e garantias do indivíduo, e por essa razão é inadmitida pelo Sistema Processual Brasileiro, sendo tal inadmissibilidade princípio de ordem constitucional. A produção de provas desse tipo também desrespeita, por consequência, o princípio constitucional do devido processo legal. De acordo com o entendimento de uma grande parte de juristas, após à edição da Lei nº 11690/08 podem esses direitos e garantias violados estarem previstos tanto em normas materiais como em normas processuais.

Apesar da Constituição Federal de 1988 vedar em seu artigo 5º, LVI, a admissão das provas obtidas por meios ilícitos, existe doutrinadores a favor da



admissibilidade dessas provas, defendendo que se o seu conteúdo for verdadeiro, deverá ser acolhido no processo, enquanto a conduta ilícita que as originou deverá ser julgada em âmbito competente. Por outro lado, existe corrente que não admite tais provas, por violarem os direitos fundamentais, dizendo que essas provas obtidas por meios ilícitos devem ser inadmissíveis no processo. Há ainda uma tese intermediária, que adota o equilíbrio e a proporcionalidade na avaliação do caso concreto.

Esta teoria da proporcionalidade parece ser a mais sábia e a menos injusta, pois visa atribuir valor às provas, sendo que na medida em que se garante um direito, muitas vezes é preciso restringir outro. Este princípio permite uma ponderação entre direitos e bens violados e assegurados, pois, mediante ele, é que se pode obter um direito verdadeiramente justo.

É importante lembrar que muitos doutrinadores constitucionalistas ensinam que os direitos individuais não são absolutos e quando existir um maior interesse que se contrapõe ao individual este prevalecerá sobre aquele. No entanto, não pode haver uma banalização da violação da intimidade das pessoas, cabendo ao julgador, sempre colocar na balança os benefícios que a aceitabilidade da prova ilícita (que a princípio deve ser refutada), trará para que seja feito no caso concreto o maior grau de justiça possível.

Em outras palavras, segundo a teoria da proporcionalidade, as provas ilícitas devem ser aceitas quando o bem jurídico alcançado for maior que o direito violado.

Foi também observado que quando as provas ilícitas forem usadas em benefício do réu é perfeitamente possível a sua aceitação no processo, segundo o entendimento da maioria dos doutrinadores.

Sendo assim, a forma expressa na Constituição que veda as provas ilícitas não deverá ser interpretada de forma rígida, pois só na situação e no caso concreto é que se delimitará a importância dos bens jurídicos envolvidos, sopesando-os, para que desta forma, se possa chegar ao fim almejado mediante a mais clara e cristalina justiça.

Quanto às interceptações telefônicas, a Constituição Federal havia deixado uma lacuna em seu texto ao permitir que o sigilo telefônico pudesse ser violado, por ordem judicial, ocasionando a necessidade da elaboração de lei

regulamentar. Então foi publicada a Lei nº 9.296/96, que disciplinou a interceptação telefônica.

Com a promulgação da Lei das Interceptações Telefônicas, acreditava-se que o problema seria solucionado, mas como foi observado ao longo da pesquisa, a lei não foi suficiente para dirimir todas as dúvidas.

O legislador deixou lacunas, pois poderia ter sido mais objetivo quanto aos casos em que será autorizada a interceptação, mas preferiu indicar quando ela não será admitida.

Ficou também a dúvida quanto à possibilidade de interceptação de dados e de telemática. Alguns doutrinadores entendem ser inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da lei, porque a Constituição Federal só permitiu a interceptação telefônica, e a lei menciona o fluxo em sistemas de informática e telemática. Para outros é cabível a interceptação de informática e telemática e justificam dizendo que com o avanço tecnológico, os criminosos estão cada vez mais ousados usando a informática para praticarem crimes.

O entendimento exposto neste trabalho compartilha com a opinião daqueles que admitem a interceptação desse tipo de comunicação, porque em um mundo tão informatizado, onde as pessoas utilizam seus computadores para as mais variadas tarefas, muitos são os que se aproveitam da celeridade e comodidade que esse meio proporciona, para praticar um leque variado de crimes, sendo que o julgador não poderá ficar preso a uma visão restrita da lei, e os indivíduos não poderão invocar o direito à proteção da sua intimidade para acobertar práticas criminosas que causarão um dano imenso à sociedade.

Com relação às gravações clandestinas a doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que a lei da interceptação não alcança tal instituto, porém elas são aceitas em especial pela jurisprudência, desde que, seja justa a causa o juiz examinará a relevância do interesse público diante do direito à intimidade, utilizando-se, é claro, do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Contudo, em nosso entendimento, elas devem se circunscrever, dentro do possível, aos limites estabelecidos pela Lei nº 9.296/96, em atenção à tutela da intimidade (art.5º, X, CF), sob pena de deixar ao abandono essa preciosa garantia, a qual tem ampla irradiação quando se trata da atuação da pessoa enquanto indivíduo e na esfera privada de sua vida.

Por outro lado temos vários acontecimentos a demonstrar que o poder público deve estar preparado para combater em pé de igualdade o crime organizado.

Diariamente podemos observar nos noticiários e reportagens, que presos da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), comandam o crime organizado de dentro das penitenciárias por meio de telefones celulares ali existentes, promovendo o caos e o terror, em todo território brasileiro, provocando rebeliões entre outros crimes. Vale salientar que todo esse esquema é arquitetado por meio dos telefones celulares.

Esse é apenas um exemplo de como os criminosos estão preparados para utilizar-se de todos os meios tecnológicos na prática de seus crimes.

De todo o exposto é possível concluir que as discussões em torno da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos são várias e crescentes, merecendo por isso atenção. Contudo defendo que as provas ilícitas, em princípio, devem ser inadmissíveis no processo, devido a sua vedação pela nossa Lei Maior. Entretanto acredito que da análise do caso concreto e observando-se o princípio da proporcionalidade, o julgador poderá aceitá-la excepcionalmente para alcançar um maior grau na aplicação da justiça, sempre que o interesse da sociedade se sobrepor ao interesse do particular.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. **Lei Federal 9.296/96**. Brasília: Senado Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 16<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 19<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Princípio do processo penal**. Nápoles: Morano, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual Civil**. 2. ed. vol. II. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 08 out. 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Processo penal constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei nº 9.296/96.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 45, ago. 1996;

\_\_\_\_\_. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; Cervini, Raúl. **Interceptação telefônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Interceptação telefônica, Lei 9.296, 24.07.1996.** São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; Donati, Patricia. **Interceptação telefônica e serendipidade: "encontro fortuito de fatos ou agentes novos".** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 08 abr de 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito processual civil brasileiro.** V.II. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei n. 9.296/96**. RT, 735/458.

LALLA, Paolo de. **Lógica da prova penal**. Nápoles: Jovene, 1973.

LAROUSSE, **Grande dicionário**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2012.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, São Paulo/Brasília, 2007.

MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptação telefônica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Bookseller, 1999.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à Lei 9.296, de 24.07.96: interceptação de comunicação telefônica**. São Paulo: Ed. de Direito, 1996.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **O Direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3 ed., ver, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual**. 2. vol. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 08 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acessado em: 08 out. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. ed. São Paulo: Saraiva, 2008