

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA- FACER
CURSO DE DIREITO

MARCELO ANATOLE TOLENTINO SILVA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA/GO
2007

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DIREITO



MARCELO ANATOLE TOLENTINO SILVA

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada à FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Cláudia Pimenta Leal.

26589
5000

Fon. nº	13466
Classif.	D-343.14
Ex.: I.	MARCELO SILVA
	2007
Origem:	d
Data:	24.4.08

RUBIATABA/GO
2007

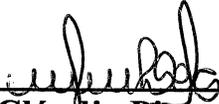
Di. p. el
Processo penal
Provas

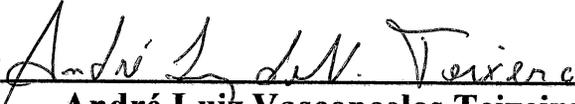
MARCELO ANATOLE TOLENTINO SILVA

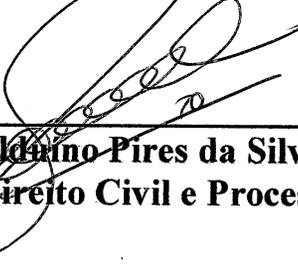
AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

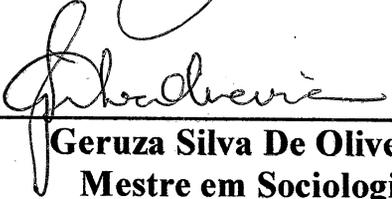
**COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA.**

RESULTADO: _____

Orientador _____

Cláudia Pimenta Leal
Especialista em Ciências Penais

1º Examinador _____

André Luiz Vasconcelos Teixeira
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

2º Examinador _____

Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

3º Examinador _____

Geruza Silva De Oliveira
Mestre em Sociologia

Rubiataba, 18 de dezembro de 2007.

DEDICATÓRIA

*Aos meus amados pais, **Manoel Tolentino e Maria Helena**, que me deram o amor, que sempre acreditaram na minha capacidade e me ensinaram a lutar pelos meus ideais. Dedico este trabalho a vocês.*

*Aos meus queridos irmãos, **Marcos Aurelio, Marcio Aureliano e Magno Alexandre**, os quais são partes de mim e com certeza estão muito felizes por esta realização.*

*Aos meus filhos **Philippe e Marina**, que suportaram com paciência minha ausência, em virtude dos muitos trabalhos acadêmicos.*

AGRADECIMENTOS

*A Deus, pela vida que me destes.
Agradeço por proporcionar-me a conclusão de mais uma
etapa da minha vida, que se consuma neste trabalho.
Obrigado Pai.*

*A todos os professores, na pessoa da
coordenadora do Curso de Direito, professora **Roseane
Cavalcante**, que sempre estiveram imbuídos na tarefa de
nos proporcionar maiores conhecimentos.*

*À minha orientadora professora **Cláudia
Pimenta Leal**, por contribuir para o desenvolvimento
deste trabalho.*

"De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto"

Rui Barbosa

RESUMO

O presente estudo examina o instituto da prova ilícita, destacando-se, aqui, o sistema de avaliação do livre convencimento motivado. No que tange ao assunto propriamente dito, a Lei Fundamental preconiza a vedação dos meios de prova obtidos ilicitamente, tendo a doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, adotado o entendimento da relativização do texto constitucional, baseados no princípio da proporcionalidade, que deve ser o norteador das soluções das demandas apresentadas no meio jurídico, servindo, também, para os casos de prova ilícita por derivação.

Palavras-chave: Provas Ilícitas; Processo Penal; admissibilidade, proporcionalidade.

ABSTRACT

The present review, assays the illicit proof institute, detaching here, the free motivated convincement evaluation system. In what concerns about the issue itself, the Fundamental Law, professes the prohibition of the evidence expedients obtained in a illicit way, having the doctrine and the jurisprudence, in it's majority, adopted the constitutional text relativization understanding, based on the proportionality principle, wich has to be the header of the demands presented in the juristic expedient, good also to the cases of illicit proof by derivation.

Key - Word: illicit proof; penal processual; admissibility; proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITO PROCESSUAL PENAL E O SISTEMA DE PROVAS	11
1.1. Histórico.	11
1.1.1 Período pré-cristianismo	11
1.1.2 Direito romano.	12
1.1.3. Idade média.	12
1.1.4. Sistema romano-canônico.	13
1.1.5. Evolução do sistema probatório pós-período inquisitório.	14
1.1.6. A adoção do sistema da livre convicção.	14
2. DAS PROVAS	15
2.1. Conceito de prova.	15
2.2. Objeto da prova.	18
2.3. Dos sistemas de apreciação das provas.	20
2.4. Ônus da prova.	22
2.5. Principio in dúbio pro reo.	24
2.6. Da liberdade na produção das provas.	26
2.7. Distinção entre provas ilícitas e ilegítimas.	27
3. ADMISSIBILIDADE DA PROVA	28
3.1. Da inadmissibilidade das provas ilícitas.	30
3.2. Prova ilícita derivada.	33
4. DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS	36
4.1 provas ilícitas, ilegítimas, ilícitas por derivação e prova emprestada.	37
4.1.1 Provas ilícitas.	38
4.1.2 Provas ilegítimas	38

4.1.3 Provas ilícitas por derivação	39
4.1.4 Prova emprestada	40
4.2. Teoria dos frutos da árvore envenenada —	
<i>Fruits of the Poisonous Tree Doctrine</i>	41
4.3. Interceptações telefônicas, de telemática, informática e gravações clandestinas.	42
4.3.1 Interceptação: considerações gerais	43
4.3.2 Interceptação telefônica (“ <i>grampeamento</i> ”) e de dados <i>stricto sensu</i>	44
4.3.3 Documentação das interceptações: seu valor probante e prazo	46
4.3.4 Escuta telefônica	47
4.3.5 Interceptação ambiental	47
4.3.6 Escuta ambiental	48
4.3.7 Gravações clandestinas (telefônicas e ambientais)	49
4.4. Interceptação de correspondência	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

ABREVIATURA

AP	ação penal
art.	Artigo
atual.	atualizado(a)
aum.	aumentado(a)
c/c	combinado com
Cap.	Capítulo
CCIB	Código Criminal do Império Brasileiro
CF	Constituição Federal
cit.	citado; citação
CP	Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40)
CPP	Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41)
Des.	Desembargador
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
HC	<i>habeas corpus</i>
j.	julgado em
Min.	Ministro (a)
n.º	Número
ob.	Obra
Org.	organizador; organização
p.	página(s)
p. ex.	por exemplo
Par. ou §	Parágrafo
Par. ún.	parágrafo único
proc.	processo; processual
Rel.	Relator; Relatora
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TJ	Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

O século XX trouxe às sociedades um grande avanço tecnológico e social.

Estas novas estruturas, complexas no que concerne às relações sociais, não foram ainda devidamente observadas e reguladas pela ciência do direito, causando acirrados debates a respeito do acesso à justiça e da adequação do Direito ao contexto histórico-social.

Os conflitos se avolumaram, parte em virtude da própria consciência do cidadão que, diante da violação de seu direito, busca junto ao Estado-Jurisdição a justa reparação.

A resolução dos conflitos, oficialmente quase que monopolizada pelo Estado, passa necessariamente por uma fase instrumental, probatória, onde a parte procura demonstrar ao Juiz o direito que lhe assiste. No processo penal, esta atividade probatória é exaustiva e indispensável para que o órgão acusatório demonstre a necessidade de impor ao acusado uma sanção de natureza penal.

Essa atividade, direcionada à produção de provas, encontra limites no próprio ordenamento jurídico, preservando a integridade física, a intimidade, a honra e a moral das pessoas, inclusive do próprio acusado.

A violação desses limites torna a atividade probatória ilegal e sem possibilidades de gerar efeitos da demanda. A terminação ilegal é ampla, compreendendo as provas produzidas sem observância da forma processual prevista, bem como as provas obtidas mediante violação do direito material. Esta terminologia não é única; alguns estudiosos preferem falar em provas proibidas, outros, em provas ilícitas, demonstrando a polêmica que envolve o tema.

O tema a ser abordado no presente estudo é a prova no processo penal, sem abordar suas espécies, apenas apresentando uma sistematização da teoria geral das provas, com ênfase às provas ilegais em conceito amplo, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica. Não temos por finalidade apresentar soluções, mas apenas expor as diversas correntes que estudam o assunto. Algumas destas correntes valorizam o interesse público em punir os que violam a lei penal e outras defendem a radicalização dos direitos individuais, mesmo que em algumas hipóteses o interesse público seja sacrificado.

1. DIREITO PROCESSUAL PENAL E O SISTEMA DE PROVAS

1.1. Histórico.

Inicialmente, convém observar que o direito, principalmente o processual Penal, na maioria das vezes de caráter cognitivo, se adequada na sua evolução histórica à sua real finalidade. De outra maneira, não seria possível compreender a diversidade dos sistemas probatórios conhecidos, desde os primitivos em que a apuração da verdade se faz com recurso às forças sobrenaturais, diante da crença generalizada sobre a interferência direta das divindades nos assuntos humanos até os mais modernos, assentados na superioridade da razão e da experimentação científica.¹

1.1.1. Período pré-cristianismo.

Nesse período, não havia um modo uniforme que regulasse o processo nas diversas sociedades. A idéia básica do processo, em geral, era intervenção do Estado com a finalidade de obter a reparação do dano causado.

O processo Hindu e o Hebraico tinham um caráter essencialmente acusatório, onde o ofendido e o réu litigavam em audiência pública, sem, contudo haver qualquer atividade complementar desenvolvida pelo órgão julgador, no caso uma assembléia, para a produção de provas.

No antigo Egito, predominava um sistema inquisitório, onde a administração da justiça era confiada às autoridades religiosas, mediante um procedimento sigiloso e escrito.

Na Grécia estabeleceu-se, como na sociedade hebraica, um procedimento oral, público e contraditório, demonstrando características de um sistema acusatório. Na Cidade-Estado ateniense, foram encontrados indícios de tortura como meio de prova praticada contra escravos, tendo em vista que a estes não era permitido prestar juramento da verdade, restando como garantia de verdade o depoimento sob tortura. O Código de Hamurabi, datado de 1750 a.C nos traz notícia de um regramento pertinente à produção de provas.

¹ Antonio Magalhães Gomes Filho, **O direito da Prova no Processo Penal**, São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 18.

1.1.2 Direito romano.

No direito romano clássico, todos os meios de prova eram admitidos: confissão, testemunho, juramento, dentre outros, observando-se apenas que o processo possuía um caráter eminentemente privado e contratual.²

O processo penal em Roma possuía duas fases distintas: a do Período Republicano e a do Período Imperial. Desde a Monarquia, e durante a República, adotou-se o sistema acusatório, onde o ofendido, através da *lex* concedida pelo Pretor que era um magistrado judiciário investido na jurisdição (faculdade de dizer o direito), adquiria a possibilidade para exercer acusação. A *lex* concedida ao ofendido, a dos poderes acusatórios, os investigatórios. Ao acusado eram oferecidas algumas garantias de defesa.

No império o processo penal romano sofreu algumas transformações significativas, motivadas, dentre outras, pelo abuso do direito de acusar. Tomou corpo, neste período, a idéia de que o crime representava uma violação de interesse público, e não somente privado. Tal fenômeno, somado à imposição de pesadas sanções a acusadores litigantes de má fé, propiciou, ante o receio destas sanções, uma diminuição de acusações, gerando a impunidade de diversas infrações penais. Devido ao quadro apresentado ocorreu uma maior intervenção estatal *ex officio*, mitigando o sistema acusatório.³

1.1.3. Idade média.

Com o enfraquecimento do Império Romano, devido às constantes invasões bárbaras, o processo penal passa por mais uma significativa transformação, resgatando o sistema acusatório, onde o exercício da acusação era realizado por funcionários públicos, no qual podemos identificar o embrião do Ministério Público.⁴

² Antonio Magalhães Gomes Filho, **O Direito a Prova no Processo Penal**, São Paulo, Ed. RT, 1997, p.18.

³ Ada P. Grinover, **Liberdades Públicas e Processo Penal**, 2º ed. São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 30.

⁴ Ada P. Grinover, **Liberdades Públicas e Processo Penal**, 2º ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 32.

Nessa fase histórica, surgiram meios instrutórios artificiais e absurdos, representados pelos juramentos, duelos e ordálias, onde os contendores eram submetidos a uma espécie de jogo, atreves do qual se esperava a interferência divina na solução do conflito.

As espécies de provas desta época, principalmente as ordálias, representavam uma interação divina com o mundo terreno, influenciando a produção de provas. As ordálias eram divididas em laterais e unilaterais. Nas ordálias unilaterais, havia a participação de apenas um dos contendores como, por exemplo, nas provas de ferro em brasa, onde era necessário que o acusado segurasse um ferro em brasa sem se queimar, para provar a sua inocência.

Nesse contexto, surgiram os juramentos, ato pelo qual o acusado prestava uma espécie de jura para desculpar-se ou provar sua inocência. Por este juramento, esconjurava contra si mesmo sanções graves para o caso de suas afirmações serem inverídicas. Era uma espécie de auto-maldição, mediante a previsão de que Deus puniria aquele que tivesse prestado falso juramento.

Quanto à natureza jurídica do juramento, há duas posições sobre o tema: uma que sustenta ser este um tipo de ordália e, outra, sustentando ser o juramento um limitador da aplicação das ordálias.

1.1.4. Sistema romano-canônico.

Este sistema aparece nos escritos romanistas glosadores e dos canonistas no Séc. XIII.

Esse método, opondo-se ao sistema irracional, desenvolve uma nova perspectiva probatória, isentando Deus do encargo da solução dos conflitos humanos, para constituir-se, essa responsabilidade, em uma tarefa dos próprios homens.

Estabeleceu-se, dentro da jurisdição Canônica, a tarifação das provas, objetivando atribuir a esse sistema uma racionalidade probatória.

Constitui-se então, um degrau de provas: Probationes Plenae (provas plenas), Probationes Simiplenae (provas semiplenas) e Incicio (indícios).

Dentro da prova plena apresentava-se o duplo testemunho, onde são necessários duas testemunhas concordantes e o ato escrito público (notarial, jurídico e autenticado).

Provas semiplenas são os testemunhos isolados e documentos particulares.

Dentro desse sistema, que aparentemente demonstrava para a época ser racional, existia, por essência, um processo racional, pois se contava que Deus daria, ao inocente, forças para resistir à dor.

Além da admissibilidade da tortura como procedimento para obtenção da prova, o processo inquisitório de origem eclesiástica era essencialmente sigiloso: segredo no recebimento da denúncia, segredo no início das investigações, segredo na instrução e, posteriormente, também nos debates.

1.1.5. Evolução do sistema probatório pós-período inquisitório.

Com o surgimento dos ideais liberais e movimentos abolicionistas da escravatura, o sistema probatório penal sofre significativas mudanças, objetivando acompanhar as profundas transformações sócio-políticas ocorridas.

O sistema tarifário de provas e a tortura começam lentamente a ser abolidos na Europa.

A Revolução Francesa e a Americana contribuíram para a evolução do processo penal, introduzindo nos procedimentos a assistência obrigatória do advogado, a publicidade das audiências, o juízo natural e o júri.

1.1.6. A adoção do sistema da livre convicção.

Esse sistema de apreciação de provas sofreu algumas restrições de cunho garantidor, dentre elas a da doutrina alemã que, fundamentando-se na possibilidade de erros e abusos dos magistrados, elaborou a denominada Teoria das Provas Legais Negativas, onde o

convencimento pessoal do Juiz somente poderia ser utilizado em favor do acusado, exigindo-se, já a condenação, a presença dos elementos legais da prova.⁵

Paradoxalmente, junto ao sistema da íntima convicção do juiz na apreciação das provas, foram introduzidas mudanças significativas através de um processo contraditório, público e oral, com ênfase à participação das partes.

A conveniência dos procedimentos modernos com o sistema de apreciação das provas tornou-se extremamente conflitante, pois, de que adiantaria uma efetiva participação das partes no processo, se ao julgador era permitido emitir uma decisão desprovida de fundamentação e, conseqüentemente, confrontação das provas produzidas pelas partes?

Contrapondo-se a esse sistema, surgiu o sistema da livre convicção, previsto, inclusive, em nosso ordenamento jurídico vigente no art. 157 do CPP, mas que, no entanto, guardam em sua codificação resquícios do sistema da íntima convicção como, por exemplo, o Tribunal do Júri, onde os jurados, sem necessidade de fundamentar, decidem a respeito da inocência ou culpa do acusado.

O sistema da livre convicção ou persuasão racional permite às partes uma liberdade regrada de provas, sendo obrigação de o julgador apreciá-las mediante fundamentação. O referido sistema, com ênfase à liberdade da produção de provas e suas restrições, será o alvo central do presente trabalho.

⁵ Ada P. Grinover, **Liberdades Públicas e Processo Penal**, 2º ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 35.

2. DAS PROVAS

2.1. Conceito de prova.

Inúmeros são os conceitos de prova no processo penal, conforme observaremos.

Segundo Tourinho Filho, “prova são os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando estabelecer, dentro do processo a existência de certos fatos”.⁶

Resumindo, o autor conceitua prova como fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Poderíamos até dizer que a prova seria, em face do caráter público do processo, tornar um fato conhecido por todos, principalmente pelas partes e pelo juiz. Excetuam-se apenas os casos onde ocorre o segredo de justiça; nestes casos, o fato torna-se conhecido apenas pelo juiz e pelas partes litigantes.

Apesar da causa ser decidida pelo juiz, existe a necessidade constitucional de que se informe à outra parte a prova produzida a fim de que se observe o Princípio do Contraditório, sob pena de nulidade do processo.

Hélio Tornagli,⁷ na sua obra Curso de Processo Penal 1, Ed. Saraiva, com uma definição ampla, correlacionando a prova ao sistema acusatório, diz o seguinte: “Num tipo de procedimento estritamente acusatório, a prova poderia ser considerada mera demonstração das alegações das partes. Mas o procedimento puro não existe mais, nem no Processo Civil”. Afirmo Carnelutti que “não cabe no conceito de prova o procedimento pelo qual se descobre uma verdade não afirmada, mas sim aquele que se demonstra uma verdade asseverada”.

A busca da verdade real ou substancial, objeto primordial, do processo, deve sempre prevalecer, respeitando além dos Ditames Constitucionais, a segunda parte do artigo 156 do Código de Processo Penal, onde preceitua que a intervenção do juiz, para o requerimento de diligências, deve ocorrer para dirimir dúvidas acerca de ponto relevante. No caso de má conduta de uma das partes no processo, onde há demonstração de falta de interesse ou técnica, não pode o julgador da lide suprir diretamente esta deficiência, atuando como se parte fosse,

⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Manual de Processo Penal**, 7^o ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, p. 502.

⁷ Hélio Tornagli, **Curso de Processo Penal**, 9^o ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1995, Vol. 1, p. 269.

mas sim, através de comunicações a órgão regulador, OAB Ordem dos Advogados do Brasil ou Procuradoria Geral.

Esse dispositivo legal possibilita ao julgador da lide, em caso de prova contraditória, ordenar diligências visando elucidar ponto obscuro, visto que seria um contra-senso não permitir ao juiz intervir na busca da verdade real.

Ainda a respeito desse dispositivo há de se esclarecer que somente poderá haver intervenção do juiz quando a prova for manifestamente conflitante, limitada, sob pena de violação ao sistema acusatório, à iniciativa judicial de produção de provas. Ou seja, poderá o juiz produzir as provas de maneira suplementar as partes, mas nunca ex officio, ou seja, sem que haja provocação da parte interessada.

Extrai-se, de acordo com o transcrito, a necessidade de que a prova seja exposta ao crivo do contraditório. Assim, em caso de dúvida, haverá a intervenção do Estado-Jurisdição para a devida elucidação, buscando, desta maneira, a verdade real dos fatos.

Portanto, a prova dentro do Processo Penal é uma atividade desenvolvida de maneira racional e legal, a fim de demonstrar, em regra, a existência de determinados fatos, objetivamente, é o conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência de fatos alegados no processo e subjetivamente, é a própria convicção que o juiz forma sobre a existência destes mesmos fatos.

Provar, na realidade, é demonstrar a verdade e convencer o juiz que, para decidir, tem necessidade de adquirir a plena certeza, mesmo que esta certeza seja no sentido da improcedência, ante a incerteza de ser o acusado o autor da infração penal.

A prova se materializa em atos processuais que têm, por escopo, demonstrar ao julgador a existência e a veracidade dos fatos alegados pelas partes. A denúncia ou queixa contém uma alegação, que a descrição do fato criminoso e todas as suas circunstâncias, bem como o autor desta conduta. A defesa, por sua vez, alega um fato contraditório ao descrito na denuncia ou queixa. Provar, portanto, é a atividade desenvolvida pelas partes para comprovar os fatos alegados.

2.2. Objeto da prova.

O objeto da prova inegavelmente é o fato, buscando formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Observa-se que compete principalmente às partes a produção de provas, atuando o juiz de maneira suplementar, apenas à guisa de esclarecer os fatos discutidos, a fim de formar uma juízo de certeza a respeito do litígio. Somente constituem objeto da prova os fatos que possam dar lugar à dúvida, isto é, que exijam uma comprovação.

No sistema acusatório, busca-se sempre o juiz equidistante das partes, sem envolvimento com o órgão acusador, portanto, qualquer atividade probatória a ser realizada pelo juiz sempre terá por finalidade sanar dúvidas, buscando, desta maneira, a verdade substancial. Qual o objeto da prova? Se entendermos essa expressão como a sua finalidade, assim, ela nada mais é, senão, o convencimento do julgador.⁸

A prova do direito é de caráter excepcional, pois a atividade probatória se circunscreve aos fatos alegados no processo, porque o direito se presume conhecido do juiz.

A prova, em relação ao direito alegado, é ônus da parte que alega, ou seja, que indica “acusa” e os meios para a realização na produção desta espécie de provas são os previstos em nosso ordenamento jurídico.

Vamos, de maneira sintética, relacionar diversos tipos de fatos com a necessidade de prová-los, observando que somente aqueles pertinentes ao caso devem ser apreciados, visando atender ao princípio da economia e da racionalização processual.

Os fatos axiomáticos são aqueles evidentes por si mesmos, que naturalmente não precisam ser aprovados, em face das leis físicas ou convenções aceitas por todos. Seria inútil tentarmos provar que dez vem antes de onze e após o nove. Tourinho Filho esclarece muito bem mediante o exemplo da descoberta de um corpo putrefato. Ora seria ridículo indagar se o mesmo estava com vida.

⁸ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Manual de Processo Penal**, 7º ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, Vol.2, p. 502.

Os fatos notórios, tal qual o anteriormente relacionado, não necessitam de provas em face da sua notoriedade. Entende-se por notório aquilo que é conhecido, sem a mínima controvérsia acerca do assunto. São fatos integrantes da cultura normal. Portanto não há necessidade de provar algo que é conhecido.

Há de se registrar que a notoriedade é um conceito relativo, preso a pessoas e lugares, pois o que é notório em determinados locais pode não ser em outros, é qualificado como notório o fato cujo conhecimento faz parte da cultura normal de determinada universalidade de pessoas. Para ser notório, basta que possa tornar-se conhecida apenas mediante consulta à ciência pública ou comum.

Portanto, há de se destacar os seguintes pontos no estudo dos fatos notórios: notoriedade é um conceito relativo, sem meios concretos para defini-la, dependendo de circunstâncias, de tempo e de lugar, não se confunde com generalidade, pois esta pode ser conhecida apenas por determinados círculos de pessoas dentro de determinado grupo; e os fatos notórios são conhecidos por um numero indeterminado de pessoas de cultura mediana, alcançando um universo de pessoas mais abrangentes.

Os fatos incontrovertidos nos levam, em um primeiro momento, a racionalizar que não necessitam ser objeto de prova, mas, em face da natureza do processo penal, devem ser demonstrados. Do contrário, a partir do momento da confissão do acusado, seria desnecessária a continuidade da ação, pois tal ato seria aceito como verdade absoluta.

Os fatos presumidos são, dentro desse tópico, os que suscitam maior debate, pois traduzem uma presunção da existência de um fato ou uma circunstância, que pode ser absoluta ou relativa. A circunstância é absoluta quando não se admite prova em contrário e é relativa quando não obstante a parte beneficiada não precisar provar, abre-se a parte cuja presunção milita contra a possibilidade de realizar prova contrária, criando um encargo sob a sua responsabilidade, registrando apenas que a dúvida sempre deverá favorecer a parte acusada, atendendo ao princípio *in Dúbio pro Reo*.

Presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando em conta aquilo que em geral acontece. A presunção se baseia na experiência cotidiana, havendo um juízo de probabilidade cuja intensidade se reveste em juízo de quase certeza.

Há de se registrar que as presunções relacionam-se com a própria experiência humana, onde determinados fatos indicam como conseqüência situação correlacionada e certa.

As demais espécies de fatos devem ser provadas, ou seja, por exclusão, todos os fatos não elencados anteriormente devem ser objeto de prova, respeitando os limites impostos legalmente.

2.3. Dos sistemas de apreciação das provas.

Antes de entrarmos no tema propriamente dito, faremos um pequeno relato acerca da evolução do sistema de avaliação das provas dentro de um contexto histórico.

Cita Tourinho Filho, que a apreciação das provas através da história passou por diferentes fases, “amoldando-se às convicções, às convenções, aos costumes e ao regimento político de cada povo”⁹.

Somente por interesse histórico cita o autor as ordálias, que não obstante sua ineficácia perante a aplicação da justiça, teve como mérito serem a primeira legislação que continha um sistema de apreciação de provas, voltamos a dizer, apesar de suas características absurdas e injustas. As ordálias eram denominadas juízos de Deus, sob a falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado.

Após esse sistema probatório primitivo surgiu, em contraponto, o sistema de provas legais ou, sistema legal, formal e tarifado.

A regulamentação de cada prova era complexa: a prova testemunhal completa ou plena não só requeria no mínimo duas testemunhas, mas era indispensável que fossem oculares, firmes e tivessem seus depoimentos tomados em três inquirições sucessivas.

⁹ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Processo Penal**, Vol. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 1992, p. 216.

Atualmente, nosso ordenamento processual mantém, excepcionalmente, normas de prova legal, como à necessidade de exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios, previsto no art. 158 do Código de Processo Penal, artigo este que prevê, inclusive, a impossibilidade de a confissão do acusado suprimi-la. Apesar de não existir um caráter absoluto nesta norma, inegavelmente existe uma profunda característica de prova legal.

Conforme se observa nesse sistema, a confiança no juiz era restringida ao ponto máximo, delimitando por completo sua liberdade no processo, quer valorando previamente a prova apresentada, quer vedando a sua atuação para socorrer-se aos meios de provas que lhe parecessem útil para sanar dúvidas e, conseqüentemente, a liberdade para a busca da verdade real dos fatos.

Contrariando esse sistema, apresentava-se o sistema da íntima convicção do juiz, ao decidir, usava somente a sua convicção, forjada mediante a prova apresentada, não necessitando fundamentar ou motivar a sua decisão.¹⁰

Segundo esse sistema o juiz tem ampla liberdade de decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de *valoração íntima independente* do que consta nos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento.

Acompanhando a evolução histórica e social, surge um sistema que impede tanto a prévia valoração das provas, como o poder ilimitado do juiz, denominado sistema da livre convicção ou persuasão racional, positivado em nosso ordenamento jurídico no art. 157 do Código de Processo Penal, que diz o seguinte: "O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova".

Como sempre acontece quando duas correntes se contrapõem, surgiu uma terceira, mista, baseada nos pontos positivos de ambas.

Os dois sistemas anteriormente estudados, dentro de um contexto histórico, apresentaram seus méritos, mas em um Estado de Direito, onde princípios fundamentais à

¹⁰ Vicente Greco Filho, **Manual de Processo Penal**, 4º ed., Vol. 1, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997, p. 213.

dignidade humana são observados, o sistema de persuasão racional para os julgamentos emanados pelo próprio Estado é integralmente adotado.

Nessa sistemática de apreciação de provas, são admitidos todos os meios de provas, salvo exceções que mais à frente serão analisadas, bem como é facultado ao juiz a devida valoração das provas apresentadas. Nesse sistema, surge um grande avanço jurídico-social que é a necessidade da motivação e respeito ao hoje consagrado princípio do contraditório. Observa-se que, nesse sistema, o julgador, ao motivar sua decisão, tem que reportar-se sob pena de cerceamento de defesa.

Nesse sistema, a sentença deve ser fundamentada. O juiz deve convencer-se e procurar convencer os demais sujeitos do processo. *Se não persuade as partes, estas recorrem.* E se não vence o Tribunal as quem, reforma a sentença.

Necessidade de motivação das decisões surtiu diversos efeitos benéficos: dentre eles, destacamos a redução da suspeição do Juízo, bem como a possibilidade de conhecimento dos motivos que levaram tal decisão.

E exatamente nisso que consiste o livre convencimento ou persuasão racional, que se cumpre pela *valoração de todo o material probatório nos autos e somente deste.* Por ele, o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão deve ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos.

2.4. Ônus da prova.

O tema, ora em análise, não obstante sua extrema importância é pouco apreciado pela Doutrina, motivo pelo qual *não existe uma discussão aprofundada*, o que inegavelmente desfavorece um estudo mais profundo sobre a questão, mesmo sendo ela de enorme relevância.

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito, mister se faz que se estabeleça o significado ônus em matéria de prova processual.

O dever gera uma obrigação e sua inadimplência cria o ilícito. O fato de não provar o alegado no processo não é considerado ilícito. A parte possui a faculdade de produzir a prova, mas não sua obrigação.

A prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável.

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, o ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não-cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tenha afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com os prejuízos decorrentes da sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.

A prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção.

A prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção.

Ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos.

Questão interessante refere-se ao fato de a lei penal obrigar o acusado a se defender. Contudo, em que pese essa exigência, não tem o condão de desfigurar o ônus probatório, uma vez que os atos defensórios necessários, como a presença às audiências, alegações finais etc., não confundem com a faculdade de produzir provas, até porque é perfeitamente possível que a inércia seja a melhor estratégia de defesa.

Portanto, cabe provar a quem tem interesse em afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas.

Vicente Greco Filho estabelece, com muita clareza, o intuito do ônus e seus fundamentos que decorrem de três princípios prévios: sendo o primeiro o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode negar-se a proferir uma sentença a favor ou contra uma parte por que a matéria é muito complexa, o segundo princípio é o da imparcialidade do juiz, não podendo o magistrado tornar-se defensor ou acusador, nem em relação a iniciativa da ação nem quanto à iniciativa da prova, o terceiro e último é o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, onde o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos e não segundo sua convicção íntima.¹¹

2.5. Princípio in dúbio pro reo.

Sendo o ônus da prova um encargo da parte, abordaremos agora qual é a extensão deste encargo, dentro da lide de natureza penal.

A interpretação literal da primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal, é que na lide penal cabe à parte acusatória provar o fato constitutivo do direito, enquanto que ao acusado cabe provar o fato modificativo ou extintivo do direito alegado pela acusação.

Discorrendo a respeito da presunção de dolo, por ocasião da descrição da conduta típica na denúncia, para bem entender o artigo 156 do Código de Processo Penal, é preciso ainda não esquecer que as presunções invertem o ônus da prova. Quando alguém mata outrem, o que se presume é que o fez injustamente porque é isso que geralmente acontece, portanto, o sentido do artigo 156 deve ser este: ressalvadas as presunções que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva tem de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. Na verdade, o ônus da prova compete a quem o fato aproveita.

Tourinho Filho, analisando o encargo da prova em relação à acusação afirma: “cabe, pois à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar a sua autoria, também cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa”.¹²

¹¹ Vicente Greco Filho, **Manual de Processo Penal**, 4º ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1997, p. 201.

¹² Fernando da Costa Tourinho Filho, **Manual de Processo Penal**, 7º ed., Vol.3, São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, p. 513.

A afirmação acima demonstra que o ônus da prova do crime, tanto a conduta, como seu elemento subjetivo, são atribuições da parte que acusa.

A parte acusada no processo penal defende-se de uma imputação feita pelo Ministério Público ou pelo querelante, sendo elementos constitutivos da peça inicial ofertada a descrição do crime e todas as suas circunstâncias, conforme imposta pelo art. 41 do Código de Processo Penal.

Ora, sendo o crime conduta típica, antijurídica e culpável, sem entrar no mérito daqueles que consideram a *culpabilidade pressuposto para a aplicação da pena*, discussão que seduz qualquer estudioso, mas dispensável neste singelo trabalho, cabe ao órgão acusador descrever todas as circunstâncias que demonstrem a tipicidade e a antijuridicidade. Portanto, a conduta descrita na denúncia deve ser antijurídica e culpável, além de típica, sob pena de violar o art. 41 do Código de processo Penal e, nestes casos, deve o juiz rejeitar a denúncia, com fundamento no art. 43 do mesmo diploma.

Urge interpretarmos a regra do artigo 156 do Código de Processo Penal de forma conciliatória com tal *salutar Principio*, e partindo desta conclusão analisar o diploma legal supracitado com o art. 41 e o art. 386 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, visando a uma interpretação harmônica entre os artigos 41, 156 e 386 do Código de Processo Penal, mister se faz esclarecer que o *Principio in Dúbio pro Reo* é plenamente aceito nos Estados de Direito, constituindo-se uma garantia do individuo contra a arbítrio.

Sendo o *in Dúbio pro Reo* um principio, este deve ser aplicado sempre, e se houver para a defesa o ônus de *demonstrar uma excludente de antijuridicidade* para obter a sua absolvição, nos termos da divisão tradicional do ônus da prova, teríamos situações em que o Principio seria mitigado.

Como exemplo, temos: se o réu desejar uma absolvição com conteúdo determinado, preocupado com os efeitos civis da sentença penal absolutória, terá que fazer cabalmente a sua prova, pois nesta hipótese o benefício da dúvida não o socorrerá.

Ainda no caso de dúvida em respeito da existência do fato, mister se faz absolver o acusado, com fundamento no art. 386, II do Código de Processo Penal, pois o ônus é do Ministério Público demonstrar o fato narrado na denúncia.

Quando, dentro do quadro probatório indicar-se dúvida, há de prevalecer a absolvição, não acarretando a mesma decisão quando restar a alegação de excludente de antijuridicidade isolada. Este fenômeno ocorre quando, em harmonia com as demais provas dos autos, mesmo que não se verifique a prova efetiva da excludente, haja uma real possibilidade de sua existência.

A dúvida sobre fato relevante para o julgamento da pretensão punitiva, resume-se em dúvida sobre a acusação penal, determinando a absolvição do réu por insuficiência de prova.

2.6. Da liberdade na produção das provas.

O Código de Processo Penal enumera, em seu art. 155, que os meios de prova serão irrestritos, com exceção ao estado das pessoas, onde deverão ser observadas às provas estabelecidas em lei civil.

O dispositivo acima amplia o rol de provas previsto em nosso ordenamento processual, conferindo a este o caráter meramente exemplificativo.

Tourinho Filho assevera que: “não há, em tese, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E por que não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.”¹³

Portanto, a busca da verdade real, fonte fundamentadora da amplitude dos meios de prova, encontra limites decorrentes dos Princípios Constitucionais de proteção e garantia aos direitos individuais. Estas limitações impedem que para a procura da verdade real lence-se

¹³ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Manual de Processo Penal**, 7ª ed., Vol. 3, Ed. Saraiva, 2005, p.506.

mão de meios condenáveis e iníquos de investigação na reconstrução dos fatos através da prova.

A busca da verdade real, escopo da ação penal, consiste em uma reconstrução histórica, sendo inclusive insuficiente para a definição da lide a confissão do acusado, pois não existe no processo penal prova absoluta ou incontroversa. Mas esta busca não pode transgredir direitos individuais, aviltando a honra e a dignidade humana. Este sistema de respeito a garantias fundamentais pode gerar erros e equívocos, mas é tolerável, constituindo-se no preço a ser pago na vivência de um Estado de Direito.

O direito de produzir prova, portanto, não é amplo e ilimitado, pois o nosso Direito adotou o princípio da proibição da prova ilícita.

2.7. Distinção entre provas ilícitas e ilegítimas.

Observando a ótica do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, erigida a garantia constitucional, mister se faz definir o que é prova ilícita e o que é prova ilegítima.

Segundo Eugenio Pacelli de Oliveira “as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas do Direito Processual”.¹⁴

Há diversas correntes a respeito da denominação das provas ilegais. A mais difundida é a acima definida por Pacelli, em que, quando a proibição versar sobre matéria processual, a prova é ilegítima, e quando houver proibição de natureza material, a prova será ilícita.

Poderíamos, então, exemplificar a prova ilegítima quando houver inobservância das regras processuais pertinentes à produção probatória, tal como atribuir o compromisso a uma testemunha impedida ou suspeita, bem como permitir que leigo realize o exame de prova pericial.

¹⁴ Eugênio Pacelli de Oliveira, **Curso de Direito Processual Penal**, 6º ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2006, p. 318.

As provas ilícitas não surgem apenas quando houver necessariamente a conduta descrita na norma penal incriminadora, mas também quando a sua produção violar princípios elencados pela Constituição Federal com guardiã das liberdades públicas, como garantia à inviolabilidade, à honra e a intimidade dentre outras garantias.

Tourinho Filho, leciona: “que não só as provas obtidas por meios ilícitos são proibidas (*busca domiciliar sem mandado judicial, escuta telefônica sem autorização da autoridade competente*), mas também as denominadas provas ilícitas por derivação”.

3. ADMISSIBILIDADE DA PROVA

Argumentam os defensores desta tese que a prova obtida por meios ilícitos não poderá ser alijada do feito, a não ser no caso de a própria lei assim o ordenar. A prova, portanto, para ser afastada, há de ser ao mesmo tempo ilícita e ilegítima, advoga esta corrente que o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova não se refere ao modo como foi obtida. Se ela no processo for consentida pela lei, in abstracto, sento totalmente sem relevância o emprego de meios para sua obtenção.

Fernando de Almeida Pedroso,¹⁵ dentre os nacionais, é filiado a esta corrente doutrinária. Apóia-se no argumento de que se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu. As regras de admissibilidade servem para designar os critérios jurídicos de seleção dos elementos que podem ser empregados no processo.

A noção de admissibilidade é importante no que se refere à questão de validade e eficácia dos atos processuais, assim como a nulidade. Entretanto, a nulidade é pronunciada em julgamento posterior à relação do ato; por outro lado, a admissibilidade decorre de apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma.

A inadmissibilidade, por operar em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo, impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se mais da idéia de inexistência (jurídica) do ato vedado pela lei processual.

A distinção entre a prova nula e a prova inadmissível é bem clara e pode ser exemplificada: a colheita de uma prova testemunhal, sem que se dê oportunidade de reperguntas a uma das partes, pode vir a ser declarada nula, mas, se não tiver ocorrido prejuízo para aquela mesma parte, não se cogitará da invalidação do ato, ou então, reconhecida à nulidade, o ato poderá ser renovado, com observância do contraditório, e nada impedirá a valoração do novo depoimento pelo juiz; ao contrário, o testemunho que viole o sigilo profissional ou a confissão utilizada como prova da materialidade do delito são todos

¹⁵ Fernando de Almeida Pedroso, *Manual de Processo Penal*, 4^o ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1996, p. 163.

proibidos e, por isso, inadmissíveis, não podendo jamais produzir efeitos sobre o convencimento judicial.

A admissibilidade destina-se a evitar que meio de provas inidôneos tenham ingresso no processo e sejam, considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos.

3.1. Da inadmissibilidade das provas ilícitas.

A nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, LVI, esposou a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Em relação à produção da prova ilícita e a sua introdução no processo, temos basicamente três entendimentos diversos.

O primeiro entendimento, no sentido da admissibilidade das provas obtidas ilicitamente, prestigiava a prova produzida, apesar de punir o responsável pelo ato ilícito praticado na sua produção, seja penalmente, administrativamente ou civilmente. Segundo esta corrente, somente não seria admitida no processo as provas produzidas mediante violação às normas de caráter processual, ou seja, as provas ilegítimas.

Ada Grinover, expondo os fundamentos dessa corrente, afirma que “o problema jurídico da admissibilidade da prova não diz respeito à maneira pela qual uma determinada prova foi obtida: o importante é verificar se a sua introdução no processo é consentida, em abstrato, sendo irrelevante a consideração dos meios utilizados para colhê-la”.¹⁶

Um dos mais insignes seguidores dessa corrente, Franco Cordeiro¹⁷ criou a expressão: *male captum, bene retentum*, ou seja, mal colhida mas bem produzida.

Em posição contrária a essa corrente, temos a que sustenta a inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente. É a posição adotada em nossa Carta Maior, vedando expressamente a admissibilidade das provas ilícitas.

¹⁶ Ada P. Grinover, *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2º ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 105.

¹⁷ Franco Cordeiro, *Procedure Penale*, 3º ed. São Paulo, Ed. RT, 1966, p. 635.

Ada Grinover, alerta que a inadmissibilidade das provas ilícitas justifica-se, dentre outros motivos, em virtude da unidade do ordenamento jurídico.

A inadmissibilidade da prova ilícita prestigia o direito como uma ciência unitária, onde os seus diversos ramos se entrelaçam de maneira harmônica, não os considerando como áreas estanques e totalmente separadas.

Graça Aranha assinala ainda a existência de mais duas correntes que justificam a inadmissibilidade da prova ilícita: a primeira, que sustenta a necessidade de moralidade dos atos praticados pelo Estado, onde não “se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis ombreando-se aos marginais combatidos”, e a segunda corrente que defende a unidade do direito, afirmando, o autor: “se, ao colher a prova, ofendidos são os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a prova obtida fica fulminada pela inconstitucionalidade, não podendo prevalecer em qualquer campo do direito”.¹⁸

Ricardo Rabozene defende, com veemência, a total inadmissibilidade das provas ilícitas: “Em linhas gerais, pode-se dizer que, hodiernamente, chegou-se ao convencimento que a prova ilícita deve ser extirpada do processo, por mais relevância que tenha, principalmente diante dos modernos princípios de direito constitucional, entre os quais o direito á intimidade”.¹⁹

Em suma, essa corrente sustenta que a prova ilícita deve ser rejeitada, considerando ilícita não só a violação ao direito positivo, mas aos princípios gerais do direito, especialmente na Constituições que estabeleçam um critério amplo quanto ao reconhecimento de direitos e garantias individuais.

Mitigando a teoria da inadmissibilidade da prova ilícita, surgiu uma terceira corrente, chamada de Princípio da Proporcionalidade em que, diante de casos gravíssimos, haveria a possibilidade de validar a prova obtida ilicitamente.

¹⁸ Alberto José Q. T. Camargo Aranha, **Da Prova no Processo Penal**, 4º ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 55.

¹⁹ Ricardo Raboneze, **Provas Obtidas por Meios Ilícitos**, 1º ed., Porto Alegre, Ed. Síntese, 1998, p. 20.

Nesse caso, haveria uma prevalência do interesse público de obtenção da prova, sobre o valor cuja proteção é almejada pela vedação legal.

Para Nelson Nery Jr., ano 1997, este princípio é também denominado “lei da ponderação”, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, e devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa.²⁰

Essa última corrente, que visa à busca de um equilíbrio, é chamada de Princípio da Proporcionalidade, na Alemanha, ou Razoabilidade, nos Estados Unidos.

Na Alemanha, a Teoria da Proporcionalidade, foi aplicada, pela primeira vez, em 1964. Segundo Costa Andrade,²¹ autor português que estudou as decisões dos tribunais daquele país, esta decisão inaugural da Teoria da Proporcionalidade ficou conhecida como o “primeiro caso do diário”. O Tribunal Federal sustentou que a proibição da violação de diários íntimos e pessoais compreende-se apenas enquanto tributo ao desenvolvimento à sua personalidade e não à sua degradação. Ainda nesta decisão, o Tribunal Alemão assinalou: “Quando está em jogo a suspeita fundada de um atentado grave contra a vida, outros bens jurídicos proeminentes e o Estado, ou outras agressões graves à ordenação jurídica, então a tutela da reserva da vida privada terá, sendo caso disso, de recuar. A ponderação deve ser feita tomando em conta o interesse da perseguição penal à luz do significado do direito fundamental, fazendo, para o efeito, relevar o ilícito do fato na medida em que se possa ser referenciado”.

Graça Aranha²² que categoriza essa teoria como intermediária, propõe uma nova denominação: “a do interesse preponderante”. Justifica o autor que, em determinadas situações, a sociedade representada pelo Estado é posta diante de dois interesses relevantes e antagônicos, que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve resultar do interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

²⁰ Jaques de Camargo Penteadó (coordenador) et alii, *Justiça Penal*, 1º ed., São Paulo, Ed. RT, 1997, vol. 4, p.16 – artigo escrito por Nelson Nery Jr., sob o título “Proibição da Prova Ilícita – Novas Tendências do Direito”.

²² Alberto José Q. T. Camargo Aranha, *Da Prova no Processo Penal*, 4º ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 56.

É uma teoria sedutora e atraente, pois possibilita uma persecução penal mais ampla, mas também perigosa, podendo propiciar a arbitrariedade, os abusos e, conseqüentemente, a insegurança.

Ada Grinover²³ alerta que, apesar dos riscos da adoção da Teoria da Proporcionalidade, alguns autores admitem que pode transforma-se no instrumento necessário para a salvaguarda e a manutenção do justo equilíbrio entre valores conflitantes, desde de que aplicados única e exclusivamente em situações tão extraordinárias, que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais e repugnantes.

Em nosso Direito, apesar de adotarmos a teoria da inadmissibilidade da prova ilícita, por força do art. 5º, LVI da Lei Maior, a legislação ordinária, por permissividade do próprio texto constitucional, agasalha a teoria da proporcionalidade. Assim, vislumbramos a natureza da Lei nº. 9.296/96 que possibilita a interceptação telefônica. Observa-se apenas que as restrições aos direitos constitucionais não estão adstritos ao poder discricionário do julgador no caso concreto, mas expressamente previstos em lei.

A Teoria da Proporcionalidade aplica-se com clareza quando a prova teoricamente ilícita é pro reo, ou seja, benéfica ao réu, não somente porque o Princípio da Ampla Defesa é assegurado a todos os acusados em processos em processos judiciais, mas também porque, nestes casos, quando a prova teoricamente ilícita for colhida para ser usada na defesa, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa ou estado de necessidade, que exclui a ilicitude do ato.

Os valores confrontados nos dois casos são diferentes, pois a prova ilícita produzida pelo Estado e seus agentes, a título de defesa da sociedade não procede, pois nesta o interesse é o da punição, enquanto que, no outro caso, o interesse é tutelar a liberdade e a inocência.

3.2. Prova ilícita derivada.

Questão atual e importante é a que convencionou-se chamar de prova ilícita por derivação, que diz respeito às hipóteses em que a prova foi obtida licitamente, mas a partir de uma informação extraída de uma prova ilícita. É o caso de uma confissão de um acusado sob

²³ Ada P. Grinover, *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2º., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 113.

tortura, que resta a apreensão da coisa regularmente, ou que uma interceptação telefônica, em que a pessoa descobre uma testemunha do fato que, ao depor, incrimina o acusado.

A polemica a respeito da (in)admissibilidade dessa espécie de provas tem suscitado intensos debates na área doutrinária, mas nos parece que a teoria norte-americana do *fruit of the poisonous tree*, ou fruto da árvore venenosa, que diz respeito a um conjunto de regras jurisprudências nascidas na Suprema Corte norte-americana e consagra o entendimento de que o vício de origem que macula determinada prova transmite-se a todas as provas subsequentes.

As provas obtidas por meios ilícitos derivados constituem espécies das chamadas provas vedadas, que podem ser ilícitas ou legítimas.

Segundo a teoria do fruto da árvore envenenada, o vício da planta é transmitido a todos os seus frutos, ou seja, a prova ilícita por derivação contaminaria todo o processo. Apesar das evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme a tais situações, dadas as particularidades de cada caso concreto,

Entendemos que a admissibilidade da prova ilícita por derivação acarretaria uma violação do disposto no art. 5º, LVI da Constituição Federal, que explicitamente vedou, a princípio, que o Estado, através de seus organismos policiais, violasse a ordem legal na busca de provas, constituindo-se, assim, na resposta do legislador prevenindo e combatendo a arbitrariedade do próprio Estado e delimitando a atuação deste na sua atividade persecutória.

Segundo Ricardo Raboneze “a aceitação das provas ilícitas derivadas importaria, levadas à última conseqüência”, na cassação da eficácia do art. 5º, LVI da Constituição Federal.²⁴

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, do *Hábeas Corpus* nº 69.912-0-RS, deixou bem clara a finalidade do art. 5º, LVI da Constituição Federal ao afirmar: “vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar às outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”.

²⁴ Ricardo Raboneze, **Provas Obtidas por Meios Ilícitos**, 1º ed., Porto Alegre, Ed. Síntese, 1998, p. 38.

Portanto apesar de não estar expressamente prevista a sua inadmissibilidade, entendemos que a prova ilícita derivada não pode ser admitida, em virtude do efeito preventivo inerente ao disposto no art. 5º, LVI da Constituição Federal.

4. DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS

Sustenta essa corrente que toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos deve ser de pronto rejeitada.

Ada Pellegrini Grinover²⁵ afirma que, nesses casos, incide a chamada “atipicidade constitucional”, isto é, a desconformidade do padrão, do tipo imposto pela Carta Magna. E, também, porque os preceitos constitucionais relevantes para o processo têm estatura de garantia, que interessam à ordem pública e à boa condução do processo.

A contrariedade a essas normas acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, porque a Constituição tem como inaceitável a prova alcançada por meios ilícitos. Como a apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses protegidos pela ordem jurídica, daí a razão de os diversos ordenamentos jurídicos preverem a exclusão de provas cuja prática possa representar atentado à integridade física e psíquica, dignidade, liberdade e privacidade, à estabilidade das relações, à segurança do próprio Estado etc.

São acessos em que razões externas justificam o sacrifício do ideal de obtenção da verdade. É por esta razão que diversos ordenamentos jurídicos restringem a liberdade de prova.

Verifica-se uma tendência ao alargamento do campo das proibições de prova, com base na constatação de que o ordenamento é uno e, assim, a violação de qualquer de suas regras, com o propósito de obtenção de provas, deve conduzir ao reconhecimento da *ilegalidade* das mesmas e, em consequência, a sua inaptidão para a formação do convencimento judicial.

A evolução dos diversos sistemas nesse sentido não tem sido, entretanto, fácil nem uniforme, pois em tais situações a ilicitude se refere, geralmente, a momento pré-processual, indiferente para a correção do acertamento dos fatos, além do que acarretaria outro tipo de

²⁵ Ada P. Grinover, *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 6º ed., São Paulo, Ed. RT, 2001, p. 105.

sanção (penal, administrativa etc.), não se justificando, por isso, a exclusão da prova, com prejuízo evidente para a apuração da verdade processual.

Verifica-se no direito inglês que a regra prevalente é a da irrelevância dos métodos com os quais foi obtida a prova. Nos Estados Unidos, que seguia o modelo inglês, coube à jurisprudência a consideração da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente.

Na justificativa dessa mudança de orientação, fundamental na matéria tratada, a maioria dos juízes da Suprema Corte observou que a previsão de sanções civis, penais ou administrativas não constitui freio suficiente à atuação ilegal da polícia porque, em primeiro lugar, na maioria dos casos, os abusos são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, que não teriam recursos para suportar ações de ressarcimento; segundo, porque a repressão penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinavam as provas obtidas ilicitamente e, em um sistema dominado pela oportunidade da ação penal, dificilmente tal ocorreria.

Finalmente, seria muito otimismo esperar que os próprios organismos policiais aplicassem penalidades disciplinares em seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei.

Por tais motivos, entendeu-se que somente a exclusão das provas conseguidas ao arrepio da lei seria eficaz impedimento a tais abusos.

O interesse pelo tema é crescente, resultando em previsões legais e constitucionais a respeito da inadmissibilidade das provas advindas de procedimentos ilícitos.

4.1 provas ilícitas, ilegítimas, ilícitas por derivação e prova emprestada.

Genericamente, as provas ilícitas são as vedadas, proibidas, obtidas com violação à lei, e podem ser divididas em provas ilícitas propriamente ditas e provas ilegítimas. A nomenclatura é bastante variada, fazendo menção à prova proibida, ilícita, ilegal, ilegítima, obtida por meio ilícito, ilegalmente obtida, faltando uniformidade, etc.

4.1.1 Provas ilícitas.

Adotamos aqui a terminologia empregada pela Constituição brasileira de 1988, que, por sua vez, *foi haurida da melhor doutrina; assim, de modo genérico, podemos conceituá-las* como sendo aquelas vedadas e inadmissíveis no processo.

De se ressaltar, entretanto, que, de fato, devemos analisar o caso *in concreto*, havendo, pois, circunstâncias que podem justificar tal variedade de nomenclatura. São chamadas provas ilícitas aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material, v.g., a confissão obtida mediante tortura.

Desse modo, vê-se que serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial, administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

O ilustre mestre Humberto Theodoro Júnior leciona que é certo que o compromisso do processo é com a verdade real. Salienta, contudo, que a atividade processual não poderá ficar distraída ou impassível à conduta ilícita da parte para influir na atividade do próprio órgão julgante.

Assevera, ainda, que quando veda a prova obtida ilicitamente, o que tem em mira o preceito constitucional não é o fato processual em si mesmo, mas a necessidade do coibir e desestimular a violação às garantias que a Carta Magna e o ordenamento jurídico que a complementa instituíram como regras indispensáveis à dignidade humana e à manutenção do império da lei.

4.1.2 Provas ilegítimas

Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Havendo produção de uma prova ilegítima, haverá sanção prevista na própria lei processual, podendo ser decretada a nulidade da mesma, forte se infere do artigo 564, IV, do *Codex*. Por outro lado, as provas obtidas com violação ao direito material são inadmissíveis no processo a teor da regra constitucional inserta no inciso LVI do artigo 5º da CF/88.

São aquelas produzidas externamente, e com sanções específicas previstas no direito material. Dessa forma, em havendo produção de uma prova ilícita, como tortura, violação de domicílio ou de correspondência, ao infrator será imputada uma sanção prevista na legislação penal. Assim, se, por exemplo, um documento for juntado na fase de alegações finais, na primeira parte do procedimento do júri, tal prova não poderá ser aceita, considerando-se ilegítima, pois o artigo 406, parágrafo 2º, do CPP proíbe a juntada de quaisquer documentos nessa fase do processo.

Outra significativa diferença entre provas ilícitas e ilegítimas está no momento de sua violação. Naquela, ocorre transgressão à lei no momento da sua violação. Nesta, ocorre no momento de sua colheita, de sua produção, de forma externa ao processo, podendo ser anterior ou concomitante a este.

Se a prova violar norma de direito processual será considerada ilegítima; violando norma ou princípio de direito material, será considerada ilícita.

4.1.3 Provas ilícitas por derivação

Tem-se, aqui, de uma situação singular.

A questão das provas ilícitas por derivação, isto é, aquelas provas e matérias processualmente válidas, mas angariadas a partir de uma prova ilicitamente obtida é, sem dúvida, uma das mais tormentosas na doutrina e jurisprudência. Trata-se da prova que, conquanto isoladamente considerada possa ser considerada lícita, decorra de informações provenientes da prova ilícita.

Nesse caso, hoje, nossos tribunais vêm tomando por base a solução da *Fruits of the Poisonous Tree*, adotada pela Suprema Corte Norte Americana. Esse entendimento, na doutrina pátria, é adotado, dentre outros autores, por Grinover e Gomes Filho. Já Avolio, também tratando com maestria sobre o assunto, concluiu não ser possível a utilização das provas ilícitas por derivação no nosso direito pátrio.

Há pouco mais de dez anos, em maio de 1996, o STF confirmou sua posição quanto à inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, posicionamento, hoje, ainda mais pacífico tendo à frente a ministra Ellen Gracie e os ministros como Gilmar Mendes, Peluzo e Joaquim Barbosa.

A prova ilícita por derivação se trata da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu ou derivou de outra prova, tida por ilícita. Assim, a prova originária, ilícita, contamina a prova derivada, tornando-a também ilícita.

Finalmente, de se ressaltar que a presença de uma prova ilícita ou ilegítima no processo não o vicia de nulidade. A prova, sim, é nula e deve ser desentranhada dos autos. No entanto, o restante do processo, desde que não contaminado, continua válido. Conforme sugere a expressão inglesa, a teoria é no sentido de que as provas ilícitas por derivação devem ser igualmente desprezadas, pois *contaminadas* pelo vício de ilicitude do meio usado para obtê-la. A contaminação, entretanto, não atinge a prova colhida durante o processo penal se a prova ilícita instruiu apenas o inquérito policial.

4.1.4 Prova emprestada

Diz-se emprestada a prova produzida em um processo, e depois trasladada a um outro, com o fim de nele comprovar determinado fato.

Pode ser qualquer meio de prova: o depoimento de uma testemunha, um laudo médico, um documento, enfim, todo meio de prova.

Quanto a sua natureza, formalmente é tratada como prova documental, conservando, contudo, o seu caráter jurídico original. Podem surgir algumas controvérsias quanto à eficácia da prova emprestada.

Alguns autores alegam que a prova emprestada não tem a mesma força probante que teve no processo do qual é originária.

Ada Grinover²⁶ entende que, para sua admissibilidade no processo é necessário que tenha sido produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetida ao contraditório; também que tenha sido produzida perante o mesmo juiz, concluindo que, na ausência desses requisitos, a prova emprestada é ilegítima, sendo inadmissível no processo, tanto quanto a prova obtida por meios ilícitos, a teor do inciso LVI do artigo 5º da CF.

4.2. Teoria dos frutos da árvore envenenada — *Fruits of the Poisonous Tree Doctrine*

A denominação de teoria ou doutrina “*dos frutos da árvore envenenada*” — também utilizada no singular, “*fruto da árvore envenenada*” — literal tradução do inglês (*Fruit of the Poisonous Tree*), diz respeito a um conjunto de regras jurisprudenciais nascidas na Suprema Corte norte-americana e consagra o entendimento de que o vício de origem que macula determinada prova transmite-se a todas as provas subseqüentes.

As provas obtidas por meios ilícitos derivados constituem espécies das chamadas provas vedadas, que podem ser ilícitas ou legítimas.

Segundo a teoria do *fruto da árvore envenenada*, o vício da planta é transmitido a todos os seus frutos, ou seja, a prova ilícita por derivação contaminaria todo o processo.

Apesar das evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme a tais situações, dadas as particularidades de cada caso concreto, Antônio Magalhães Gomes Filho, pensa ser impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente pela razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em análise.

Com efeito, de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas com a violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz. Nesta matéria, importa ressaltar o elemento *profilático*, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração concreta e leal da justiça penal.

²⁶ Ada P. Grinover, *Novas Tendências do Direito Processual de Acordo com a Constituição Federal de 1988*, 2º ed. Rio de Janeiro, Ed. Forence, 1991, p. 38.

Foi exatamente sublinhando tal finalidade, implícita na vedação da utilização das provas ilícitas, que o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 69.912.0-RS, reconheceu que a ilicitude de interceptação telefônica contaminara as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*Fruits of the Poisonous Tree*), nas quais se fundara a condenação do paciente.

De se ressaltar que se sustenta um argumento *relacional*, ou seja, para se considerar uma determinada prova como *fruto de uma árvore envenenada*, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição *sine qua non* e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência da referida ilegalidade originária¹⁸. Estabelecida a relação, decreta-se a ilegalidade. O problema é análogo, diga-se, ao direito penal quando se discute com profundidade o tema do nexo causal.

É possível que tenha havido ruptura da cadeia causal ou esta se tenha enfraquecido suficientemente em algum momento de modo a se fazer possível a admissão de determinada prova porque não alcançada pelo efeito reflexo da ilegalidade praticada originariamente.

4.3. Interceptações telefônicas, de telemática, informática e gravações clandestinas.

Nas legislações de todo o mundo civilizado erigem-se rígidos limites para a atividade eletrônica em prol das universalmente consagradas inviolabilidades do sigilo das comunicações e da privacidade do indivíduo.

Quando se trata especialmente da utilização dos seus resultados no processo, as barreiras garantidoras dos direitos individuais assumem, nas vedações probatórias, um contorno publicístico, sob a óptica do devido processo legal, de garantias em nome da jurisdição.

Os mesmos princípios que informam o estabelecimento da inadmissibilidade e ineficácia das provas obtidas por meios ilícitos atuam, pois, em relação às captações

eletrônicas da prova, com conseqüências, todavia diversas para as interceptações telefônicas e as gravações clandestinas.

4.3.1 Interceptação: considerações gerais

A interceptação, ato ou efeito de interceptar (de *inter* e *capio*), tem, etimologicamente, entre outros, os sentidos de:

1. Interromper no seu curso; deter ou impedir na passagem;
2. Cortar, interromper: interceptar comunicações telefônicas”, conversa telefônica, a um simples toque de uma tecla.

A variedade de formas de instalação e meios de transmissão de escutas no século 21, das mais simples às dotadas de raios infravermelhos, é impressionante.

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, em sentido estrito podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las, com conseqüências penais quer para delas apenas tomar conhecimento, nesse caso, também com reflexos no processo.

A gravação da conversa interceptada não é, necessariamente, elemento integrante do conceito de interceptação. A simples escuta, desacompanhada de gravação, pode ser objeto de prova no processo penal, desde que não configure violação à intimidade.

Assim, tanto as interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas, na medida em que obedecerem ou não aos preceitos constitucionais e legais que regem a matéria. E, a revelarem-se ilícitas, seus resultados devem ser considerados inadmissíveis no processo, e ineficazes enquanto provas.

A respeito da interceptação, cumpre estabelecer algumas distinções tendo em vista as diversas modalidades de captação eletrônica das provas:

- a) interceptação telefônica *stricto sensu*;
- b) interceptação telefônica conhecida por um dos interlocutores, ou escuta telefônica;
- c) interceptação de conversa entre presentes, ou interceptação ambiental;
- d) interceptação da conversa entre presentes conhecida por um dos interlocutores, ou escuta ambiental;
- e) gravação da própria conversa telefônica, ou gravação clandestina; e,
- f) gravação de conversa pessoal e direta, entre presentes, ou gravação clandestina ambiental.

4.3.2 Interceptação telefônica (“grampeamento”) e de dados *stricto sensu*

A polêmica, com reflexos especialmente constitucionais no que tange às provas ilícitas, situa-se na análise pormenorizada dos dispositivos referentes à tutela do direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, e à inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

A interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, pois, interceptação não é um procedimento ilícito em si mesmo. Com efeito, a CF/88, diversamente do que ocorre no caso da interceptação de correspondência, ressalva a possibilidade de que essa se faça licitamente, desde que judicialmente, com finalidade específica, nas hipóteses previstas em lei.

Como distingue Grinover,²⁷ é aquela que se efetiva pelo *grampeamento*, ou seja, pelo ato de “interferir numa central telefônica, nas ligações da linha do telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações.

²⁷ Ada P. Grinover, *Novas Tendências do Direito Processual de Acordo com a Constituição de 1988*, 2º ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991, p. 64.

Reputa-se lícita a interceptação telefônica, desde que realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Na maioria dos ordenamentos jurídicos, a sua execução depende de ordem judicial.

O provimento que autoriza a interceptação se reveste de natureza cautelar, pois visa à fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Enseja, pois, evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação do processo principal, e nesse sentido, visando a conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, pode ser agrupado entre as cautelas conservativas.

Exige-se, para tanto, os requisitos que justificam as medidas cautelares. Quanto ao *fumus bonis juris*, a questão é delicada, pois, da mesma forma que ocorre com a busca domiciliar, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime, de extrema gravidade, que ensejaria o sacrifício da privacidade.

No tocante ao *periculum in mora*, deve ser considerado o risco ou prejuízo que da não realização da medida possa resultar para a investigação ou instrução processual. Importante ressaltar, entretanto, que o STF tem admitido como lícita a gravação de conversação telefônica nos casos em que o autor da gravação é um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro interlocutor, se a gravação é feita com a finalidade de documentar a conversa em caso de posterior negativa², ou em caso de investida criminosa de interlocutor insciente.

De se ressaltar que não vemos qualquer inconstitucionalidade na Lei nº 9.296, que regulamenta as hipóteses nas quais serão possíveis as interceptações telefônicas, incluindo-se, ali, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática.

A telemática estuda a manipulação e utilização de informação por meio do uso combinado do computador e dos meios de comunicação, como ocorre, por exemplo, com a comunicação via *Internet*.

A possibilidade de autorização judicial também para a interceptação do fluxo de comunicação de informática e telemática, como ali previsto, é perfeitamente constitucional, e

vem completar o rol de proteção do inciso XII do artigo 5º da CF, estabelecendo que, em todas as hipóteses ali mencionadas, a quebra do sigilo exigirá autorização judicial fundamentada e que haja indícios razoáveis de autoria ou participação em crime punido com pena de reclusão, bem como que a prova do delito não possa ser feita por outros meios.

4.3.3 Documentação das interceptações: seu valor probante e prazo

A conversa telefônica interceptada, que é o objeto da prova, pode ser provada por vários meios, até pelo testemunho do interceptador. Em se tratando, todavia, de interceptações autorizadas por autoridade judiciária, o resultado da operação técnica deve revestir-se de forma documental.

No caso, tanto a gravação, que permite a reprodução sonora do objeto da prova e sua escuta, como a degravação, isto é, a transcrição da conversa, devem ser introduzidas no processo como meio de prova.

A doutrina recomenda, também, a documentação das etapas de operações desenvolvidas, ainda que não obtenham êxito, por meio da lavratura dos termos e autos.

Para Ada Pellegrini Grinover, 1997, o valor probante da interceptação, “nada tem a ver com a admissibilidade desse meio de prova.

A questão vai repercutir no momento probatório da sua valoração pelo juiz. Isso porque a interceptação, como foi visto, é uma operação técnica, que visa a colher coativamente uma prova.

Assim, quando o objeto da interceptação recair diretamente sobre o fato a ser provado, a prova resultante será direta; quando recair sobre fato diverso, que poderá conduzir ao fato que se pretende revelar ou evidenciar será indiciária.

Portanto o juiz, ao proferir a decisão, conforme a identidade das vozes possa ser afirmada seguramente ou apenas reconhecida como provável, irá valorar o resultado da interceptação, respectivamente, como prova ou como indício.

O prazo máximo da interceptação será de 15 dias, prorrogáveis por mais 15 (artigo 5º), devendo as diligências ser registradas em autos apartados, preservando-se o sigilo de todo o procedimento (artigo 8º).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 83.515RS, relator ministro Nelson Jobim, em 16 de novembro de 2004 (*Informativo STF n. 361, 22.9.2004*), fixou entendimento no sentido de ser possível a renovação do prazo de 15 dias *por mais de uma vez*, quando complexa a investigação, desde que comprovada a indispensabilidade do procedimento.

4.3.4 Escuta telefônica

Para a efetivação da interceptação telefônica, alguns doutrinadores entendem que se deve levar em conta o aspecto de haver consentimento de um dos interlocutores para se falar, especificamente, em escuta telefônica, o que, no entanto, não desnatura a característica de interceptação telefônica, uma vez realizada por terceiro.

Podemos dizer que a escuta telefônica ocorre quando um terceiro faz a captação com consentimento de apenas um dos interlocutores, por exemplo, no caso de familiares que autorizam a polícia a ouvir as conversações com os seqüestradores.

Ada Pellegrini Grinover preceitua que a doutrina configura a hipótese como uma espécie de direito do indivíduo ao controle de seu próprio telefone: assim, por exemplo, os familiares da pessoa seqüestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone, em sua vida privada.

4.3.5 Interceptação ambiental

Interceptação ambiental é a captação sub-reptícia da conversa entre presentes, efetuada por terceiro, dentro do ambiente onde se situam os interlocutores, com o desconhecimento desses.

Não difere, substancialmente, da interceptação *stricto sensu*, pois em ambas as situações ocorrem violações do direito à intimidade. Assim, é preciso ainda considerar que o direito ao segredo da comunicação é o gênero, ao qual pertence a espécie interceptação. Se o emitente da conversação tem ciência da presença e identidade de um terceiro (diverso do destinatário) não se verifica qualquer lesão do direito ao segredo, e, portanto, inexistente interceptação.

Também não pratica interceptação o terceiro, ignorado pelos interlocutores, que escuta uma comunicação exteriorizada de modo a permitir que seja perceptível por qualquer circunstância, pois aqui faltaria o requisito da violação do direito à reserva da comunicação.

Embora a razão das normas de vedação probatória consista, precipuamente, na tutela dos cidadãos em face de formas de percepção do som insidiosas e difíceis de prevenir, como, propriamente, as realizadas com auxílio de tecnologia moderna ou de ponta, algumas situações bastante singelas podem ser consideradas. Destarte, quem escuta uma conversa reservada simplesmente encostando o ouvido a uma porta está praticando uma violação do direito ao segredo. Da mesma forma quem, em vez de escutar com os próprios sentidos, registra a conversa servindo-se de um gravador oculto.

Ainda que, como argumenta o autor com uma hipótese, aquele que escuta diretamente e grava conversação desenvolvida em língua que lhe é estranha não esteja propriamente interceptando (porque não percebe o sentido da comunicação), esta circunstância não se transmite ao mandante da gravação, que, inequivocamente, pratica uma interceptação ambiental, que se verifica, assim, pela violação do direito à reserva.

4.3.6 Escuta ambiental

Se interceptação ambiental é a captação da conversa entre dois ou mais interlocutores por um terceiro, que se encontra no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio, escuta ambiental é essa mesma captação feita com o consentimento de um ou alguns interlocutores. A gravação é feita pelo próprio interlocutor. Se a conversa não era reservada, nem proibida a captação por meio de gravador, por exemplo, nenhum problema haverá para aquela prova.

Em contrapartida, se a conversação ou palestra era reservada, sua gravação, interceptação ou escuta constituirá prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade (CF, artigo 5º, X), devendo ser aceita ou não de acordo com a proporcionalidade dos valores que se colocarem em questão. Essa modalidade de interceptação se sujeita à mesma disciplina das interceptações ambientais.

As interceptações e escutas ambientais podem ser realizadas com gravador, não descaracterizando a sua natureza de interceptação *lato sensu*.

4.3.7 Gravações clandestinas (telefônicas e ambientais)

No que concerne à gravação clandestina, o traço básico seria a gravação de uma conversa por meio de um dos interlocutores, pela via telefônica, sem o conhecimento do destinatário. Não haveria, portanto, a presença de um terceiro estranho à relação comunicativa. Importante acórdão sobre o tema da prova, a gravação clandestina e sua admissibilidade vem delinear os temas atuais propostos, especialmente porque contém preciosos fundamentos, tanto para admiti-la quanto para rejeitá-la, mas, hoje, tem prevalecido a sua admissão junto ao STF.

A gravação clandestina não se pode enquadrar no conceito de interceptação. Consiste no registro da conversa telefônica (gravação clandestina propriamente dita) ou da conversa entre presentes (gravações ambientais) por um de seus participantes, com o desconhecimento do outro.

O tema apresenta maiores dificuldades de solução. Com efeito, as legislações, em geral, e também a brasileira, não prevêm normas específicas sobre a matéria.

Sugerem alguns autores, assim, ressaltando-se o caso de violação de segredo, por descaber o recurso à analogia *in malam partem*, que “poderão ser aplicadas à espécie as mesmas soluções jurídicas previstas para a correspondência epistolar, posto que as conversações telefônicas nada mais são que a expressão moderna e oral do mesmo fenômeno de comunicação”

A prova obtida por meio de gravação clandestina seria irrestritamente admissível. Qualquer pessoa pode gravar sua própria conversa, o que se proíbe é a divulgação indevida. Isso porque, em nosso ordenamento, a comunicação do teor da carta ou de outros dados, pelo destinatário a terceiro, sem o assentimento do remetente, não configura crime contra a inviolabilidade da correspondência, embora possa tipificar o de divulgação de segredo.

Nesse ponto, a tutela penal se dirige a um segundo momento do direito à intimidade, qual seja, o direito à reserva. Enquanto o direito ao segredo (*direito ao respeito da vida privada*) está em impedir que a atividade de terceiro se dirija a desvendar as particularidades da privacidade alheia, o direito à reserva (direito à privacidade) surge, sucessivamente, em prol da defesa da pessoa contra a divulgação de notícias particulares legitimamente conhecidas pelo divulgador. *Divulgar, segundo a maioria dos penalistas, é tornar público o que pressupõe comunicação a um número indeterminado de pessoas.*

A doutrina tem-se limitado a considerar lícita a divulgação de gravação sub-reptícia de conversa própria apenas quando se trate de comprovar a inocência do acusado, o que não deixa de constituir manifestação da teoria da proporcionalidade.

Assim, por exemplo, nos casos de extorsão, a prova é válida para comprovar a inocência do extorquido, *mas, segundo Ada Pellegrini Grinover, se afigura ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão.*

Quanto às declarações espontâneas do indiciado ou réu, clandestinamente gravadas, constituem, prova ilícita em razão da violação do direito à intimidade e, concomitantemente, do princípio do *nemo tenetur se detegere* —*não auto-incriminação*— visto que o acusado, se soubesse que se encontrara diante da autoridade, poderia ter-se reservado o direito de permanecer calado.

4.4. Interceptação de correspondência

O direito à intimidade, à privacidade, à honra e todas as suas formas de manifestação, ou seja, a inviolabilidade de domicílio, das comunicações e da correspondência, que se

constituem em apenas algumas das várias modalidades de exercícios dos aludidos direitos. podem, como regra, ser limitados, por não configurarem nenhum direito absoluto.

É o que ocorre, com relação ao sigilo de correspondência, cuja inviolabilidade é até prevista como crime. Desde que presente autorização judicial, poderá haver quebra do mencionado sigilo *porque devidamente prevista em lei, justificada por necessidade cautelar*, no curso da investigação ou instrução criminal, tal como ocorre em relação às comunicações telefônicas. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo, salvo para defesa de direito de seu destinatário.

A doutrina tem entendido que a interceptação de correspondência constitui prova ilícita mesmo quando a apreensão de cartas ocorre em busca e apreensão, ainda que judicialmente autorizada, entendendo que o artigo 240, parágrafo 1º, *f*, do CPP não foi recepcionado pela CF, que garante, sem exceções, a inviolabilidade da correspondência em seu artigo 5º, XII.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema por nós abordado é dos mais polêmicos na seara processualista, sendo certo que a jurisprudência e a doutrina não são unânimes sobre o assunto, e, passadas quase duas décadas de vigência do texto constitucional, ainda há resistências à proibição absoluta do ingresso no processo, de provas obtidas com violação de direito material.

A par de todas as conclusões que se dirigem no sentido da proteção da intimidade e da liberdade dos acusados, não se pode perder de vista a aplicação justa e eficaz da lei penal no combate à criminalidade, especialmente aquela organizada, e é por isso que a doutrina e a jurisprudência, no Brasil e no mundo, vêm preconizando a regulamentação precisa das interceptações telefônicas, como eficiente instrumento de investigação policial, e contundente meio de prova processual, à altura da sofisticada tecnologia empregada pelos criminosos.

Há uma crise da Justiça, caracterizada pela impunidade, que, evidentemente, não se resume à falta de eficientes meios de prova.

Foge à lógica do razoável permitir, hoje, em pleno ano de 2007, que a preservação da intimidade de criminosos impeça a sua punição, dependendo do caso. Há que se ter mais critérios objetivos e bom senso com boa-fé em razão de quem necessita da prova para demonstrar a veracidade do direito material, como a boa-fé do captador da prova, o modo de obtenção necessário, o motivo relevante, o valor proeminente e a unicidade da prova.

Em não havendo quaisquer atividades contrárias à lei ou mesmo à moral e bons costumes, o direito à intimidade assumiria um caráter absoluto, mas, se houvesse qualquer atividade ilícita, *lato sensu*, que permitisse a contraposição de valores em conflitos, estaria o juiz autorizado a admitir tais provas e valorá-las utilizando-se para isso, da razoabilidade e proporcionalidade.

Dessa forma, os limites da licitude probatória, diante da análise da problemática das provas ilícitas deverão ser analisados de acordo com tais critérios objetivos.

Por ora, entendemos que a regulamentação da matéria, como já preconizava a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover há mais de duas décadas, tornou-se uma necessidade

impostergável. Essa é a condição para um processo justo, que enseje mais adequada tutela das liberdades fundamentais.

Não devemos em regra admitir no processo as provas obtidas por meios ilícitos, mas, por outro lado, se a prova ilicitamente obtida favorecer a defesa, o próprio direito de defesa pode ser usado para limitar o direito à intimidade ou correlato. Por exemplo: não podemos admitir que um inocente seja condenado só porque a única prova que ele possui de sua inocência foi obtida ilicitamente.

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar toda e qualquer prova ilícita. A prova é a alma do processo e visa a demonstrar ao julgador uma verdade histórica ocorrida de modo a formar sua convicção para que possa bem julgar a causa e sabemos que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal não são taxativos. Qualquer meio de prova estará apto a demonstrar um fato, desde que legal e moral.

As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, em regra, porém, a teoria da proporcionalidade permite a utilização de provas ilicitamente obtidas em casos excepcionais e graves, tanto em favor quanto em desfavor do réu, vez que nenhuma norma constitucional tem caráter absoluto.

O que se pode seguramente afirmar é que, embora a vedação constitucional às provas ilícitas esteja a serviço da proteção de direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, casos há em que essa vedação, tomada de forma absoluta, levará a situações conflitantes, protegendo-se um direito fundamental de alguém que ameaça solapar os fundamentos basilares da sociedade constituída.

Ainda que não se possa estabelecer uma graduação entre os direitos fundamentais, é possível e até necessário que sejam relativizados para atender à necessidade de convivência desses direitos dentro do sistema jurídico, possibilitando a defesa da sociedade em situações extremas, sempre tendo na idéia de proporcionalidade o vetor a orientar a flexibilização.

É nessa esteira de raciocínio que, à luz de Günter Jakobs, se alude a um *direito penal de terceira velocidade*, no qual se poderia flexibilizar as garantias individuais em situações extremas, mas sempre de forma temporária e emergencial, como um *direito penal de guerra*,

necessário para defender a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, em função de ameaças como a delinqüência patrimonial profissional, a delinqüência sexual violenta e reiterada, a criminalidade organizada e o terrorismo.

Em relação às conseqüências da decretação da ilicitude da prova, os tribunais têm entendido que a presença de uma prova ilícita no inquérito policial ou no processo não enseja sua anulação, desde que existam outros elementos de prova suficiente para justificar a continuidade das investigações ou do processo.

Da mesma forma, existindo provas suficientes fundamentando a sentença, esta será válida, ainda que no processo exista uma prova ilícita.

Finalmente, ainda que o processo ou o inquérito possa ter seguimento, mesmo sendo verificada a existência de uma prova ilícita em seu bojo, no nosso modesto entender, o mais adequado seria que essa prova fosse desentranhada dos autos, já que sua permanência poderia contaminar o espírito do julgador, sobretudo quando se tratar do tribunal do júri, composto por juízes leigos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARANHA Alberto José Q. T. Camargo, **Da Prova no Processo Penal**, 4º ed., São Paulo. Ed. Saraiva. 1996,;
2. CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2002;
3. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 8 ed., São Paulo: RT. 2003;
4. CORDEIRO, Franco, **Procedure Penale**, 3º ed. São Paulo, Ed.RT, 1966;
5. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997;
6. GRECO FILHO, Vicente - Manual de Processo Penal, Editora Saraiva, 4ª edição, Vol. 1, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997;
7. GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades Públicas e Processo Penal**, 2º ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982;
8. GRINOVER, Ada Pellegrini, **Novas Tendências do Direito Processual de Acordo com a Constituição de 1988**, 2º ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991;
9. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5 ed., São Paulo: Editora Atlas, 1999.
10. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Direito Processual Penal**, 6º ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2006;
11. PEDROSO, Fernando de Almeida, **Manual de Processo Penal**, 4º ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1996;

12. PENTEADO, Jaques de Camargo, (coordenador) et alii, **justiça Penal**, 1º ed., São Paulo, Ed. RT, 1997, vol. 4, p.16 – artigo escrito por Nelson Nery Jr.. sob o título “**Proibição da Prova Ilícita – Novas Tendências do Direito**”;
13. RABONEZE, Ricardo **Provas Obtidas por Meios Ilícitos**, 1º ed., Porto Alegre, Ed. Síntese, 1998;
14. TORNAGHI, Hélio, **Curso de Processo Penal**, 9º ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1995, Vol. 1;
15. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**, 7º ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005;
16. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal, V. 3**. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2005;