

A evolução da avaliação processual das provas ilícitas

MARIA CRISTINA FARIA MAGALHÃES (*)

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou a proibição do ingresso no processo das provas ilícitas ao patamar de garantia constitucional expressa (art. 5º, inc. LVI, da CF).

Contudo, a inadmissibilidade no processo penal de determinados meios de prova não é um tema novo, pois o ordenamento jurídico já considerava inadmissível a correspondência particular interceptada ou obtida por meio criminoso ⁽¹⁾.

A questão da ilicitude da prova obtida e de sua correlação com a inadmissibilidade no processo resulta do conflito existente entre a exigência de tutela da pessoa humana, principalmente de sua intimidade e a exigência de tutela da comunidade, principalmente a segurança social. De um lado temos as garantias individuais da pessoa humana que devem ser observadas durante a atuação investigatória dos órgãos persecutórios e pelo particular, principalmente as relativas à intimidade, vida privada e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X), de outro lado, temos a exigência de punição dos criminosos pautada na busca da verdade real no processo penal.

Novos instrumentos capazes de registrar e transmitir informações e movimentos foram sendo descobertos. Ante a possibilidade de uso de tais inventos na obtenção de provas, surgiu a necessidade de se alargar os meios de prova admitidos. Por outro lado, a utilização desses instrumentos eficazes na descoberta dos fatos resultava na invasão da esfera privada do homem, causando um choque entre a busca da verdade real e o direito à intimidade.

⁽¹⁾ O art. 233 do CPP dispõe: "As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo". Parágrafo único: "As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário". O Código de Processo Penal Militar determina no seu art. 375: "A correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos, não será admitida em juízo, devendo ser desentranhada dos autos se a estes tiver sido junta, para a restituição a seus donos. E o art. 376: "A correspondência de qualquer natureza poderá ser exibida em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa do seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário ou remetente". GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, p. 123.

Entretanto, antes de seu uso indiscriminado e a introdução no processo penal do material probatório alcançado com o emprego dessas novas técnicas, surgiu a necessidade de averiguar quais desses instrumentos são admissíveis no processo, tendo em vista os princípios constitucionais e quais estariam banidos, em razão de confrontarem com o ordenamento jurídico vigente, bem como o limite de admissibilidade no processo penal da prova obtida com violação de direitos fundamentais da personalidade. É o caso da interceptação telefônica, que será destaque da nossa análise.

Assim sendo, surgiu a necessidade de nortear a conduta do juiz, perante o qual as provas resultantes do emprego de tais instrumentos tecnológicos se apresentavam. Era indispensável apontar quais as provas que não poderiam embasar o provimento jurisdicional.

1 - PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Primeiramente, urge diferenciar a prova que de *per si* é admissível no processo, porém deixa de sê-lo por ter sido obtida através de um ato ilegítimo (confissão mediante tortura), da prova cuja admissão em juízo é expressamente proibida em lei (prova testemunhal por parte de absolutamente incapaz).

A prova ilícita é aquela que contraria norma de direito material (por exemplo penal ou constitucional). Sua obtenção infringe vedação de natureza substancial, atinente à proteção das liberdades públicas, principalmente os direitos da personalidade. Já a prova ilegítima é aquela produzida em violação a norma processual que estipula vedação probatória, cuja existência visa garantir a lógica e finalidade do processo.

Além do critério da natureza da norma violada para se determinar se a prova é ilícita ou ilegítima, outro pode ser adotado: o momento da transgressão da norma jurídica. A violação da norma jurídica ocorre no momento da produção da prova na prova ilegítima, ao passo que a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, que pode ocorrer antes ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este ⁽²⁾.

O conceito de prova, no âmbito da prova ilícita, como já dito anteriormente, se identifica com o meio de prova. Na verdade, a prova de *per si*, o elemento de prova é lícito, mas é obtido através de meio ilícito. O instrumento empregado na obtenção dos elementos que venham a convencer o juiz do *thema probandum* são ilícitos ⁽³⁾.

Decerto que algumas provas ilícitas podem ser ao mesmo tempo ilegítimas. Exemplo desta hipótese se encontra no art. 233 do Código de Processo Penal e no art. 375 do Código Penal Militar que proíbe o ingresso no processo das cartas particulares interceptadas ou obtidas criminosamente ⁽⁴⁾. Neste caso, a

⁽²⁾ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 133.

⁽³⁾ Conforme AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Prova ilícitas*, pp. 39-40.

⁽⁴⁾ GRINOVER, A. P. Obra citada, pp. 128-129.

interceptação de cartas particulares viola preceito de ordem material e sua introdução no processo infringe norma processual prevista no dispositivo citado.

Entretanto, essa correspondência expressa não é a regra. Por esta razão, devemos enfrentar a questão da relação entre a ilegitimidade da prova e a antijuridicidade de sua obtenção, conhecendo as correntes doutrinárias sobre o tema, verificando como o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência anterior à Constituição Federal de 1988 se posicionou frente ao problema, bem como as mudanças no panorama trazidas pela Atual Carta Magna e a jurisprudência atualizada.

2 - PROVA ILÍCITA X INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO

Sobre o tema várias posições doutrinárias surgiram, sendo que duas teses se posicionaram de forma diametralmente oposta. A primeira sustenta que deve prevalecer o interesse da justiça no descobrimento da verdade, conferindo valor à prova obtida por meio de infração a norma jurídica, podendo esta influir no convencimento do juiz, independente das sanções que possam ser impostas ao infrator da norma. Contudo, nada há que impeça que sejam as mesmas introduzidas no processo, a menos que exista norma processual que proíba esse ingresso. Assim sendo, somente as provas cuja produção em juízo a norma processual veda expressamente é que não são admissíveis.

Sustentam os defensores dessa corrente ⁽⁵⁾ que não existe razão alguma para considerar que a colheita de prova com violação à norma de direito material, ainda que fundamental, implique nulidade de todos os atos praticados a partir dela. Separa-se o dever de colher a prova com observância dos ditames legais, com o fenômeno da sua admissibilidade em juízo.

A segunda corrente sustenta a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, ante a impossibilidade de se prestigiar um comportamento ilícito, ou permitir que o infrator tire proveito de sua infração, em prejuízo alheio.

Entre estas posições completamente antagônicas, há quem sustente que deve ser verificado o caso concreto, permitindo ao juiz que avalie os vários aspectos do caso, tais como: a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, dificuldade para o litigante demonstrar a verdade mediante procedimentos em consonância com o ordenamento jurídico, o vulto do dano causado, para decidir qual o princípio que deve preponderar. Em suma, deve o juiz verificar se a transgressão era estritamente necessária para a obtenção da prova e, portanto, tornou escusável o comportamento da parte, e se a violação da norma jurídica ocorreu nos limites do necessário, ou se a prova poderia ter sido obtida sem infração à norma jurídica, ocorrendo um dano maior do que o benefício trazido à instrução do processo. Seria a aplicação do princípio da proporcionalidade.

⁽⁵⁾ Um dos autores desta doutrina, ver CORDERO, *Prove illicite*, pp. 32-55; "Note sul procedimento probatorio", in *Jus XIV*, 1963, pp. 1-108; *Ideologie del processo penale*, pp. 75-86; *Procedura penale*, pp. 595 e ss.

3 - PROVA ILÍCITA NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1967/69

A Constituição brasileira de 1967/69 não previa a proibição de utilização de meios de prova obtidos com violação a suas normas, dispondo, unicamente, sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 153, § 9º). Da mesma forma, as leis processuais silenciavam quanto à cominação da sanção de nulidade às provas produzidas com violação a normas de direito material. Caso o legislador tivesse previsto o impedimento genérico de produção de prova obtida com violação a normas de direito material e cominasse essa transgressão com a nulidade do ato, o problema teria sido solucionado pela própria lei processual.

Esta omissão levou parte da doutrina e da jurisprudência pátria, com base no ordenamento vigente à época, a considerar válida a prova produzida ilegalmente. A questão no plano material se resolveria pela punição do infrator pelo ilícito material cometido.

Embora o art. 332 do Código de Processo Civil já dispusesse, *a contrario sensu*, que todos os meios ilegais bem como os moralmente ilegítimos não são hábeis para provar a verdade dos fatos, norma aplicada subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, não previu a nulidade dos mesmos.

No sentido da admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, o Ministro Raphael de Barros Monteiro, em acórdão de 1951 ⁽⁶⁾, sustentou que:

“os Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais.”

O eminente Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, no julgamento do AG. Nº 7.111, admitiu que a prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

⁽⁶⁾ Diz a ementa do julgado: *‘Prova - Gravação de conversa telefônica - Captação por meio criminoso - Violação do sigilo da correspondência - Meio probatório não previsto em lei - Livre apreciação, todavia, pelo juiz’*; publicado in RT 194, pp. 157 e ss.

Contudo, os partidários da admissibilidade das provas ilícitas não reinavam absolutos. Os defensores da vedação probatória encontravam fundamentos nas normas da legislação processual que regulam a inadmissibilidade de certas provas. Exemplificamos com os artigos 207, 233, 240, § 1º, 243, 244 etc.

Entretanto, esse entendimento não ficou a salvo das críticas, posto que todas essas hipóteses não se referem à inadmissibilidade das provas ilícitas, mas da prova ilegítima, porque previstas na própria lei processual.

LUIZ A. THOMPSON FLORES LENZ sustentou a vedação das provas ilícitas com base numa interpretação analógica da disposição que prevê a inadmissibilidade das cartas criminosamente obtidas.

Outro argumento utilizado por parte da doutrina defensora do repúdio às provas ilícitas é o princípio contido no art. 332 do Código de Processo Civil, que condiciona que as provas sejam legais e morais.

FREDERICO MARQUES já lecionava que: "Inadmissível é, na Justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória".... "Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, e emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos eletrônicos, de conversações íntimas." ⁷⁾

Neste sentido foi o julgamento do RE. 85.439, tendo como relator o Ministro Xavier de Albuquerque, e que assim ficou ementado:

"Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 do Código de Processo Civil). Recurso extraordinário conhecido e provido." (RTJ 84/669)

Esposando o mesmo entendimento foi a decisão do RE 100.094-5, tendo por relator o Ministro Rafael Mayer, *in verbis*:

"Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9º, da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil. Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação da prova, mediante

⁷⁾ MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal* - vol. II, pp. 293/4.

interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser julgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos autos, da gravação respectiva.” (RE. 100.094-5, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 110/798).

ADA PELLEGRINI GRINOVER, considerando inaceitável o ingresso no processo das provas ilícitas, desde época anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, lançou base para um tendência evolutiva sobre o tema, que a jurisprudência pátria procurou acompanhar.

Desde os idos de 1972, a ilustre processualista já sustentava que: “toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade.”⁽⁸⁾

Sobre o tema, as Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação da ilustre processualista ADA PELLEGRINI GRINOVER, tomaram posição sobre a matéria nas seguintes súmulas:

“Súmula 48 - Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49 - São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevante e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50 - Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

Indiscutivelmente, a atual perspectiva constitucional brasileira do fenômeno das provas ilícitas deve-se ao trabalho de ADA PELLEGRINI GRINOVER.

⁽⁸⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Das Liberdades Públicas e Processo Penal - As Interceptações telefônicas*, 2ª ed., p. 151.

3.1 - PROVA ILÍCITA DERIVADA

Em relação às provas lícitas obtidas através de informações colhidas por meio da prova ilícita, defendendo a sua admissibilidade, o eminente Prof. TORNAGHI⁽⁹⁾ prelecionava que: "É preciso distinguir entre a admissão e a avaliação da prova; o Juiz não deve admitir prova que a lei proscreve." "Se, por erro ou até por abuso, a prova for feita, o ato probatório não é levado em conta como tal; mas do fato podem decorrer efeitos que não dependem dos pressupostos do ato. Até mesmo a atitude das partes ou dos outros sujeitos do processo podem servir como argumento de prova que o Juiz leva em conta", e mais adiante coloca a seguinte questão: "valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas?" A esta pergunta responde positivamente.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 63.834-1-SP, não se posicionou de forma clara sobre a admissibilidade ou não das provas derivadas das ilícitas, embora o relator, Ministro Aldir Passarinho, em seu voto, tenha se posicionado, claramente, sobre o tema. Afirmou o insigne magistrado que "há de se distinguir entre a prova em si mesma obtida por meio ilícito, e os fatos - que podem constituir-se em provas. Uma confissão, por exemplo, conseguida por meio ilícito, é absolutamente imprestável. Entretanto, se, em face dela, forem obtidas outras provas insuscetíveis de dúvidas, estas não devem ser desprezadas."

3.2 - PROVA OBTIDA ATRAVÉS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Em relação à admissibilidade da prova obtida através da interceptação telefônica ilícita, a questão ganha novo contorno em virtude da Constituição anterior prever em seu corpo vedação expressa. Porém, antes de chegarmos ao cerne do problema, urge verificar a natureza da proibição inserida no texto constitucional.

O sigilo da comunicação telegráfica e telefônica só passou a merecer proteção expressa a partir da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda 1, de 17.10.69. Até então, este era abraçado pelo sigilo da correspondência, cuja interpretação era feita de modo abrangente.

O texto constitucional anterior dispunha no seu art. 153, § 9º, que: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas", e a ação transgressora do preceito constitucional era sancionada pela pena imposta no art. 151 do Código Penal.

A Constituição de 1969 (art. 153, § 9º) aparentemente assegurava o sigilo das comunicações telefônicas de modo absoluto, eis que não indicava qualquer exceção à regra geral. Entretanto, o Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei 4.117/62, no seu art. 57, admitia a interceptação telefônica com base em autorização judicial, *in verbis*:

⁽⁹⁾ TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*, vol. 3, Ed. Saraiva, 1978.

“Não constitui violação de telecomunicação:

I - a recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - o conhecimento dado:

a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;

b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;

c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;

d) aos fiscais do governo junto aos concessionários ou permissionários;

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta Lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública.”

O Ministro Sepúlveda Pertence chegou a afirmar que:

“o que o Código, no preceito lembrado, erigiu em excludente da criminalidade foi a transmissão ao Juiz competente do resultado de interceptação já efetivada, o que pressupunha obviamente a licitude da escuta, que, no regime de 1946 e nos subsequentes, se cingia, em princípio, às hipóteses do estado de sítio e similares” ... ⁽¹⁰⁾

O Código Penal, por sua vez, *a contrario sensu*, exclui do âmbito da ilicitude a conduta de quem divulga, transmite ou utiliza comunicação telegráfica, radioelétrica dirigida a terceiro ou conversação telefônica entre outras pessoas, desde que não ocorra indevidamente (art. 151, § 1º, inc. II).

Criou-se, então, à época, a discussão a respeito da natureza da garantia do sigilo da comunicação telefônica previsto, aparentemente, de forma absoluta, na Constituição anterior.

⁽¹⁰⁾ Cf. HC 69912-0-RS, RBCrim n. 7, p.178.

A emérita processualista ADA PELLEGRINI GRINOVER, em sua obra *Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas*, Saraiva, SP, 1976, reconheceu a natureza relativa do direito ao sigilo das comunicações telefônicas, previsto na Carta Magna de 1967/69. Fundamentou tal conclusão na idéia de que nenhum direito é absoluto, e mesmo não havendo nenhuma exceção expressa, como na Constituição de 1969, os limites constitucionais não-escritos ou imanentes autorizavam a interceptação telefônica com autorização judicial, com base no art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Como explicou ADA PELLEGRINI GRINOVER ⁽¹¹⁾, durante a vigência da Constituição de 1969, “as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias”, e que “têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações”.

No mesmo sentido, o processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ⁽¹²⁾ ensinou que:

“é, como qualquer outro, limitado, e não pode sobrepor-se de maneira absoluta a todos os restantes interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade”.

Nota-se que a natureza relativa do direito ao sigilo das comunicações telefônicas impõe a aplicação do princípio da proporcionalidade na solução do conflito instaurado entre direitos constitucionalmente previstos. O ponto de partida para a solução do conflito será uma ordenação dos valores em jogo, por parte do julgador.

DAMÁSIO E. DE JESUS também defendeu a relatividade das garantias individuais previstas na Carta Magna, inclusive a relatividade da garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, mesmo não havendo restrições previstas ao exercício da mesma (Constituição Federal de 1969), se aliando ao posicionamento adotado por ADA PELLEGRINI GRINOVER e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, entre outros.

No que se refere ao sigilo das comunicações telefônicas, na vigência da Constituição Federal anterior, o festejado penalista indica a permissão da interceptação telefônica prevista no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27-8-1962), desde que autorizada por juiz competente.

⁽¹¹⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. Obra citada, p. 251.

⁽¹²⁾ Voto proferido no AgI 7.111, da 5ª Câm. do TJRJ, em 7-11-1983, RF 286:272.

Sustenta que da mesma forma que o legislador ordinário definiu o crime de violação de telecomunicação no art. 151, § 1º, II, do Código Penal, isto é, determinou a ilicitude da conduta de quem *indevidamente*, divulga, transmite ou utiliza abusivamente conversação telefônica entre outras pessoas, previu a atipicidade da conduta desde que não tenha sido indevida. A conduta carecerá de tipicidade quando a violação da telecomunicação ocorrer com a observância dos requisitos previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações: exigência de ordem judicial, autorização emitida por juiz competente, escuta realizada por serviços fiscais das estações e postos oficiais, motivação. Neste caso, o elemento normativo do tipo – indevidamente – não estará presente.⁽¹³⁾

Decerto que a tese do caráter relativo das garantias previstas no art. 153, § 9º, da Constituição de 1969 não reinou absoluta. Autores de renome como José CELSO DE MELLO FILHO e TOURINHO FILHO sustentavam que o citado dispositivo legal consistia em norma dotada de eficácia plena e irrestringível, não deixando “campo ao legislador ordinário para traçar normas quanto à possibilidade de ser violado”⁽¹⁴⁾.

Contudo, o entendimento que nos parece mais acertado e condizente com a finalidade das normas é o esposado pela corrente capitaneada pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, cuja lição serviu de fundamento ao voto do Ministro Aldir Passarinho, no RHC 63.834, de São Paulo, julgado pela Segunda Turma em 18 de dezembro de 1986.

Destarte, o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, antes da Constituição de 1988, exceção legal à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, vinha sendo aplicado pelos tribunais do país e pelo Supremo Tribunal Federal, sem violar a Constituição vigente.

A interceptação telefônica que fosse realizada com observância dos requisitos insculpidos no Código Brasileiro de Telecomunicações era lícita, sendo admissível a utilização no processo do conteúdo da comunicação interceptada.

Contudo, caso a interceptação não se enquadrasse no permissivo legal, o preceito constitucional ficaria violado, sendo inadmissível a utilização, como prova, do resultado do ato inconstitucional.

4. PROVA ILÍCITA NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO ATUAL

O constituinte originário, ao elaborar a atual Carta Magna, seguindo a evolução da tutela do direito da personalidade, proibiu expressamente o ingresso no processo das provas ilícitas, ou seja, aquelas cuja colheita foi realizada com violação a direitos materiais.

O dispositivo constitucional possui a seguinte redação: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (inc. LVI, art. 5º).

⁽¹³⁾ JESUS, D. E. de. *Novas questões criminais*, pp.63-67.

⁽¹⁴⁾ FILHO, Tourinho. *Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v.3, p. 319, n.10.

Embora o direito à prova esteja consagrado na Constituição Federal através dos direitos de ação, defesa e contraditório, não é o mesmo absoluto. Apesar da busca da verdade real ser o objetivo principal do processo, não pode ser alcançada com a violação de direitos e garantias previstos constitucionalmente. Tanto o direito à produção da prova, quanto os demais direitos de ordem constitucional, como o direito à personalidade, à intimidade, devem conviver harmonicamente.

Embora o teor da norma faça crer a inexistência de exceções ou atenuações, verificou-se desde logo, a necessidade de se atenuar o rigorismo da norma, por existir casos da necessidade imperiosa de violar a norma jurídica. Que juiz será capaz de condenar um réu que logrou provar sua inocência com base em prova ilícita? A doutrina, com base em jurisprudência norte americana ponderou que o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva.

Fica em evidência o caráter relativo do princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas, permitindo que uma construção jurisprudencial, que leve em conta as circunstâncias apresentadas, impeça a aplicação automática e indiscriminada do princípio. É imperioso a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade frente às circunstâncias do caso concreto, haja vista que não pode prevalecer indiscriminadamente o direito à intimidade de uma pessoa que violou ou está prestes a violar a norma jurídica, ante o direito à prova, corolário do direito de levar à apreciação ao judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, inc. XXXV), sob pena de se chegar a soluções injustas.

No mesmo sentido, ressaltando o caráter relativo do princípio, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, de 5-3-1996, no *Habeas Corpus* nº 4.138, rejeitou a alegação da inadmissibilidade da prova obtida através de escuta telefônica ilícita feita por policiais, realizada no presídio onde se achavam recolhidos os impetrantes. O relator, Ministro Adhemar Maciel, em seu voto, salientou a relatividade dos direitos conflitantes, direito de privacidade dos impetrantes e interesse público na segurança e obtenção da verdade real, ante a própria necessidade de harmonização, o que impende a uma limitação dos mesmos.

Em princípio, a violação ao art. 5º, inc. LVI, implica na ineficácia da prova produzida, levando a nulidade da sentença baseada exclusivamente nesta prova. Posto, se a decisão se baseou em outras provas além da prova ilícita, não sendo esta nem a única, nem a determinante para a condenação do réu, a sentença será válida. Impõe-se, no caso, que eventual exclusão da prova posteriormente considerada ilícita não altere o resultado final. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou mais de uma vez : *Habeas Corpus* nº 69.079, em 17-3-1992, no *Habeas Corpus* nº 69.209, de 31-3-1992.

4.1 - PROVA ILÍCITA DERIVADA PÓS CONSTITUIÇÃO/88

No campo das provas ilícitas por derivação, a Constituição Federal deixou a questão em aberto, com bem afirmou ADA GRINOVER⁽¹⁵⁾. Há inclusive quem sustente a sua admissibilidade, como MIRABETE⁽¹⁶⁾, que, em sua obra, afirmou “como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva”.

O entendimento pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação é adotado, dentre outros autores, por GRINOVER, SCARANCA FERNANDES e GOMES FILHO que afirmam: “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são assim igualmente banidas do processo”.⁽¹⁷⁾

Interessante julgamento que abordou o tema das provas ilícitas por derivação foi o realizado pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo o Ex-Presidente Fernando Collor (HC 69.912-0-RS). Nesse julgamento, os Ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Resek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello defenderam a tese de que a teoria dos frutos da árvore envenenada é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, porque de nada adiantaria vedar a própria interceptação e admitir que as informações nela colhidas pudessem ser aproveitadas, sendo esta tese se tornado vencedora, num apertado escore de 5x5. Restando empatado o julgamento, a ordem de *Habeas Corpus* foi concedida (DJU, 25/03/94).

Com o ingresso do Ministro Maurício Correa, em virtude da aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, houve o julgamento do HC 72.558/PB, tendo como relator o novo Ministro, prevalecendo a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.⁽¹⁸⁾

Nova questão a respeito do tema foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal, através do HC 73.351/SP, em 1996, tendo esta corte confirmado sua posição pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, pela escassa maioria de um voto.

No julgamento do *Habeas Corpus* 73.510-0-SP, sendo relator o Min. Marco Aurélio, assentou-se: “*Prova ilícita - Contaminação* - Decorrendo as demais provas do que levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem”.

⁽¹⁵⁾ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 327.

⁽¹⁶⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini. “As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, 1989, v. 5, pp. 173-174.

⁽¹⁷⁾ *As nulidades no processo penal*, p. 114.

⁽¹⁸⁾ *Informativo do STF*, Brasília, 10 a 14 de junho de 1996, nº 35.

Contudo, caso haja a coexistência no processo de uma prova ilícita e de uma prova lícita, nascida de fonte autônoma, fora da linha de desdobramento das informações colhidas com a prova ilícita, poderá o juiz, com base nestas últimas, fundamentar seu decreto condenatório. É a chamada teoria da “fonte independente da prova”. Entretanto, essa independência deve se apresentar de forma clara e inquestionável, pois, se houver dúvida, esta se resolve a favor do réu, aplicando-se a doutrina da prova derivada inadmissível. Nesse sentido temos os seguintes julgados: RHC 5779/SP, 6ª Turma, STJ, DJ 01/12/1997; RHC 7579/RJ, 5ª Turma, DJ 28/09/1998; HC 9128/RO - STJ, 6ª Turma, DJ 02/08/1999; HC 9144/PA, 5ª Turma, DJ 14/08/2000 .

4.2 - PROVA ILÍCITA OBTIDA ATRAVÉS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PÓS-CONSTITUIÇÃO/88

Procurando amenizar a vedação insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, o inc. XII deste mesmo artigo, ao regular a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, prevê uma exceção à inviolabilidade do sigilo desta última.

Os órgãos incumbidos das atividades investigatórias vinham esbarrando com as garantias dos indivíduos, principalmente, com os direitos relativos à intimidade, vida privada e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). Embora houvesse limites implícitos no gozo desses direitos, impedindo que o exercício das liberdades públicas por um importasse em detrimento das liberdades alheias ou de ordem pública, com a aplicação do princípio da proporcionalidade (1), a sociedade necessitava de um regramento expresso, que viesse a equilibrar o binômio segurança social - liberdade individual. Estes fatores levaram o legislador constituinte originário a prever expressamente a interceptação telefônica e de dados como meio de prova, resultando a degravação como prova lícita, desde que atendidos os pressupostos legais.

A previsão constitucional da licitude da interceptação telefônica e de dados, se realizada de acordo com os pressupostos legais, foi o primeiro passo para o preenchimento de odiosa lacuna.

Dispõe o art. 5º, inc. XII da CF/88 que: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

O entendimento preconizado, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, antes do advento da Lei 9.296/96, no sentido da ilicitude da prova produzida através de interceptação telefônica, face a ausência de lei reguladora desta exceção a garantia constitucional, não era pacífica. No período entre 1988 e 1996, enquanto muitos projetos tramitaram pelo Congresso Nacional com o fim de regulamentar o inc. XII, do art. 5º da Constituição Federal, ainda havia juiz que autorizava a

interceptação telefônica com base no art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

O Supremo Tribunal Federal sustentou tal posicionamento pela primeira vez no julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0-RS, que teve por relator o Ministro Sepúlveda Pertence, verdadeiro *leading case* no tema. Devido à sua importância, transcrevemos a ementa do acórdão :

“Constitucional. Penal. Prova ilícita. “Degravação” de escutas telefônicas. C.F., art. 5º, XII. Lei n. 4.117, de 1962, art. 57, II, “e”, “Habeas Corpus”: Exame da prova.

I - O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei processual penal estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou (Grifou-se) o art. 57, II, “e”, da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado a juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

II - No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na “degravação” das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de “*habeas corpus*”, descer ao exame da prova.

III - H.C. indeferido.

(Acórdão por maioria, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, de 30/6/1993, no HC- 69912-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, in RBCrim, n. 7, p. 178).

Outra decisão no mesmo sentido foi proferida no julgamento do HC-73351/SP. ⁽¹⁹⁾

O Supremo Tribunal Federal adotou o mesmo posicionamento no julgamento da Ação Penal nº 307 (anexo 16), ocorrido em 7-12-1994, tendo como réus o ex-Presidente Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias. O relator, Ministro Ilmar Galvão, sustentou em seu voto a inadmissibilidade da gravação de conversa telefônica, feita por uma das testemunhas, sem o conhecimento dos demais interlocutores, entre eles Paulo César Faria, bem como, os registros da memória

⁽¹⁹⁾ (Acórdão por maioria, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no HC-73351/SP, rel. Ministro Ilmar Galvão, in RTJ -155/508).

do computador da empresa Verax, que foram apreendidos sem ordem judicial. Em relação à gravação de conversa telefônica, sustentou o relator que, inexistindo lei reguladora das hipóteses e forma de interceptação, nenhum juiz poderia ter autorizado, caso tivesse sido requerido, o que não foi o caso.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal impulsionou o Legislativo a elaborar a regulamentação do inc. XII da Constituição Federal, sendo por fim editada a Lei 9.296/96.

BIBLIOGRAFIA

1. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
2. *Boletim IBCCrim* n. 9, p. 24
3. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Escutas Telefônicas e prova penal”, *O Estado de São Paulo*, 26 de abril, 1987, p. 58, n. 5.
4. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Das Liberdades Públicas no Processo Penal – Interceptação Telefônica*, 2ª ed., p. 151.
5. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1993.
6. JESUS, Dámasio Evangelista de. *Novas questões criminais*, São Paulo: Saraiva, pp. 63-67, 1993.
7. MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 2, pp. 293/294.
8. MIRABETE, Júlio Fabbrini. “As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, 1989, v. 5, pp. 173-174.
9. NUOVOLONE, Pietro. “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”. In *Riv. de Dir. Processuale*, vol. 21, 1966. Cedam, Padova.
10. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Saraiva, vol. 3, 1978.
11. TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1993.

¹⁾ MARIA CRISTINA FARIA MAGALHÃES é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
