

BRUNO ZAVATARO

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES
TELEFÔNICAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Monografia de conclusão do Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Nilton Bussi

CURITIBA

2002

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO ZAVATARO

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos Professores:

Orientador: 
Prof. Nilton Buss
Setor de Ciências Jurídicas


Prof. Jorge Azor Pinto
Setor de Ciências Jurídicas


Prof. Rolf Koerner Junior
Setor de Ciências Jurídicas

Curitiba, 4 de novembro de 2002.

Ao meu avô, pelo exemplo de
amor leal ao Direito e ao
exercício da advocacia.

Ao meu pai, pelo exemplo do
árido exercício na carreira
policia, lutando contra tudo e
contra todos pelo respeito à
legalidade.

De manhã cedo, figura lúgubre
dançando ao vento no varal.
Presságio lutuoso de prantos de
injustiça; bandeira corsária de
assalto iminente às esperanças dos
deserdados da sorte.

À tarde, roçando as ruas, a recolher
detritos, sujando-se de humanidade,
como convém.

Varrendo salas e corredores,
engravidando-se de pó, de que se
gera o homem.

À noite, pendida no prego, humilde e
silente, atrás da porta.

A postura hierática, vazia de gente,
se escondendo nas sombras, como a
envergonhar-se da mediocridade
dos homens.

ADAUTO SUANNES

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS	4
1.1 HISTÓRICO.....	4
1.1.1 O Direito Inglês	5
1.1.2 O Direito Americano.....	7
1.1.3 O Direito Brasileiro.....	8
1.2 CONCEITO E CONTEÚDO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	10
1.3 DIREITOS HUMANOS E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	14
1.4 DIREITO À PRIVACIDADE.....	16
1.5 O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS.....	18
CAPÍTULO 2 – AS INTERCEPTAÇÕES DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS	21
2.1 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM O ADVENTO DA LEI N. 9.296/96.....	21
2.2 ABRANGÊNCIA DO CONCEITO E ALCANCE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	22
2.3 DO CABIMENTO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	26
2.4 DO PROCEDIMENTO E EXECUÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	30
CAPÍTULO 3 – AS INTERCEPTAÇÕES DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	33
3.1. DA PROVA.....	33
3.1.1 O Contraditório e o Direitos às Partes de Apresentarem as Provas..	35

3.1.2 O valor Probatório do Inquérito Policial	37
3.2 DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS.....	38
3.2.1 Conceito de Prova Ilícita.....	42
3.2.2 O Princípio da Proporcionalidade.....	43
3.2.3 Prova Ilícita por Derivação.....	46
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

RESUMO

Com o advento do novo texto constitucional de 1988, o devido processo legal e seus corolários, principalmente a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas, já possuem aplicabilidade no âmbito da investigação criminal. Como expressão destas garantias, está a aplicação por parte da Polícia dos ditames legais, em que se encontram insculpidos os direitos humanos consagrados mundialmente. A Lei n.º 9.296/96 vem regulamentar o inciso XII da Magna Carta, estabelecendo a forma e o procedimento de interceptações das comunicações telefônicas, bem como as hipóteses de cabimento. Por sua vez, tais interceptações se tornam instrumentos aptos e eficazes a serviço da polícia para o combate das organizações criminosas, que hoje se alastram por quase todo o mundo.

Mas o uso desse instrumento de invasão na esfera de privacidade e intimidade do homem deve ser feito com base nas regras esposadas pela própria lei, sob pena de que as provas colhidas com infringência das regras legais sejam revestidas de ilicitude e, portanto, imprestáveis ao processo penal. Dentro do disciplinamento das provas ilícitas, a jurisprudência entende que elas sejam admitidas no processo penal para favorecer o acusado, jamais para prejudicá-lo. É a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo*.

Só com a observância da legalidade, o Estado conseguirá um sistema de repressão penal que esteja voltado para garantir um Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

With the advent of the new Brazilian Constitution in 1988, the principle of the due process of law and its corollaries, especially the constitutional guarantee of the secrecy of telephonic communications, are applicable in the field of criminal investigation. As an expression of these guarantees, there is the application, by the police force, of the law, in which lay the worldwide recognised human rights.

The Law number 9.296/96 complements the item XII of the Constitution, establishing the form and the procedure of telephonic communications, as well as the cases in which it can be applied. On the other hand, such interceptions become efficient tools, to the police work, in order to combat criminal organisations which are nowadays spread almost throughout the world.

The use of this instrument of invasion of intimacy and privacy must be, however, made according to the law, or else the evidence collected in disregard of legal rules will be illegal and, therefore, useless to the criminal process. In the discipline of illegal evidence, the jurisprudence admits that such evidence can be admitted in criminal process only in his favour, never to cause him any damage. That is the application of the principle of proportionality *pro reo*.

Only observing the legality will the State be able to develop a criminal repression system which guarantees a Democratic State of Law.

INTRODUÇÃO

O século passado, marcado pela ocorrência de duas grandes guerras mundiais, deixou na história a sina de ter sido um período de grande desrespeito aos direitos humanos, aos direitos e garantias individuais dos cidadãos. Por outro lado, propiciou que a preocupação pelos direitos inerentes ao homem florescesse para a construção de um Estado – e via de consequência por um mundo – mais justo e democrático.

Grandes tratados internacionais vieram com o objetivo de compelir os Estados a assumirem um compromisso para a construção de um mundo mais justo e equânime, em que os valores de um Estado Democrático de Direito conduzissem as nações para o espírito de cooperação recíproca e para o respeito aos direitos humanos.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988, promulgada sob a égide desses mesmos princípios democráticos, após longo período de ditadura militar e de desrespeito aos valores do homem e do cidadão, vem afirmar em seu preâmbulo quais os valores que devem nortear o Estado, estabelecendo que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a **liberdade**, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (grifei).

Assim, o Constituinte de 1988 erigiu como valores absolutos num Estado Democrático de Direito, entre outros, a liberdade e a segurança. Valores esses que devem coexistir harmonizados dentro do sistema de repressão estatal.

Como o Estado tomou para si o *jus puniendi* para a repressão das infrações penais, não permitindo que o particular “faça justiça com as próprias mãos”, a Constituição Federal determinou em quais condições e sob qual forma este direito de punir deve ser exercido, limitando a atuação estatal em nome dos valores por ela mesma elencados.

Visou, no mais, tutelar o cidadão, protegendo-o das arbitrariedades daqueles que detêm o poder sob qualquer forma.

Por outro lado, os aparelhos repressivos do Estado ainda vivem sob a forma e ideologia do período ditatorial, desrespeitando constantemente os direitos cravados na Magna Carta.

Isso se torna mais visível quando se trata da investigação policial, mediante o inquérito policial, pois aqui vige a inquisitorialidade e a possibilidade da não aplicação dos direitos individuais tutelados constitucionalmente¹.

Quando se trata da persecução penal há um conflito entre o direito do Estado em punir o autor de uma infração penal e o direito do cidadão em sua liberdade (*jus libertati*), ou seja, há o conflito entre o direito coletivo e o direito individual. Entretanto, isso não significa que o particular submetido a uma investigação criminal não esteja, desde já, amparado por uma gama de garantias aplicadas desde o indiciamento.

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, alcança um elevado grau de aplicação que já se faz sentir no âmbito da investigação criminal.

Como corolário do devido processo legal aplicável também no âmbito investigatório policial, encontra-se o sigilo das comunicações telefônicas, previsto no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n.º 9.296/96.

Tal garantia se faz presente principalmente pelo avanço tecnológico, em que as formas de comunicação se multiplicaram hodiernamente, abarcando também outros

¹ Neste sentido, expõe brilhantemente Wacquant, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad., André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001 que “a insegurança criminal no Brasil tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente *agravada* pela intervenção das forças de ordem. O uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil (através do uso da ‘pimentinha’ e do ‘pau-de-arara’ para fazer os suspeitos ‘confessarem’), as execuções sumárias e os ‘desaparecimentos’ inexplicados geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado. Uma estatística: em 1992, a polícia militar de São Paulo matou 1.470 civis – contra 24 mortos pela polícia de Nova York e 25 pela de Los Angeles – , o que representa um quarto das vítimas de morte violenta da metrópole naquele ano. É de longe o recorde absoluto das Américas”.

veículos como a internet, bem como as formas de interceptações das comunicações e de devassa na vida privada também se multiplicaram.

O particular, nesta nova ordem constitucional, está amparado pelo direito à privacidade em todos os seus aspectos. Todavia, diante do interesse público e da segurança pública pode-se, em determinados casos, desde que previamente previstos no texto constitucional – como é o caso das interceptações das comunicações telefônicas – invadir a esfera privada do indivíduo.

Assim sendo, o presente estudo tratará, no capítulo 1, do devido processo legal, tendo por foco de interesse a evolução histórica tanto no âmbito externo quanto interno, preocupando-se com a garantia constitucional das liberdades públicas (direito à privacidade e intimidade e a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas).

No capítulo 2, abordar-se-ão as regras legais da Lei n.º 9.296/96, salientando-se, desde já, que referida Lei veio regulamentar o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, conferindo à autoridade policial a aplicação e execução da quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal.

Por fim, no capítulo 3, discorrer-se-á a respeito do disciplinamento das provas colhidas com infringência de preceitos de direito material, ou seja, das provas obtidas por meios ilícitos, realçando a aplicação no direito pátrio do princípio da proporcionalidade e das provas ilícitas por derivação (teoria do fruto da árvore envenenada).

CAPÍTULO 1 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

1.1 HISTÓRICO

A história da humanidade é a própria história da luta contra a opressão, contra o autoritarismo. É o paradoxo entre o *ius libertatis* dos indivíduos e o *ius puniendi* estatal.

As teorias do Contrato Social representam a mudança de foco na explicação da origem da ordem social, colocando-a sob um acordo entre os cidadãos que cedem uma parcela de sua liberdade em nome do interesse coletivo e da própria preservação da espécie. Todavia, constituem na expressão de GELLNER² uma “espécie de mito de fundação”.

O homem em seu estado natural passa a conviver com outros indivíduos, agora no estado social e político, sob a subordinação do Estado que deveria atuar em nome de todos, ou seja, no interesse coletivo, visando o bem comum.

Mas a história demonstrou o contrário: os detentores do poder usurparam sua prerrogativa, atuando com base em interesses privados em detrimento do povo que passou a sofrer a repressão estatal.

Assim esclarece SILVEIRA³:

“Antes, o homem vivia em regime tribal, com total liberdade e comunhão de patrimônio, restringidos apenas pelo interesse de sobrevivência do grupo. Após a criação do Estado, os séculos vieram demonstrar que perdeu ele sua liberdade, quase que total, porque o detentor do poder passou a utilizá-lo, de modo geral, em proveito próprio, ignorando o interesse do

² GELLNER, Ernest. **Antropologia e Política**. Trad. Ruy Fungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, pág. 73.

³ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (Due process of law)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pág. 13-14.

povo, chegando Luís XIV a dizer: ‘*L’État c’est moi*’ (O Estado sou eu)”.

E acrescenta o autor⁴ dizendo que:

“A lição que se extrai é que as ditaduras e impérios que se apoiaram em ordem absoluta, individual do tirano ou do grupo dominante, contrariando a natureza das coisas, por mais poderosos que tenham sido, entraram sempre em colapso, como registra a história. Apenas o governo democrático, que tem o povo como base, com suas múltiplas diversidades individuais e diferentes anseios, pode desenvolver-se serenamente, administrando a conjuntura variável, pois, ainda que cometa erros, serão, por certo, reparáveis.

Somente as asas da democracia abrigam, efetiva e harmoniosamente, os interesses da maioria, sem descuidar do indivíduo (ou grupos minoritários), respeitando suas diversificadas tendências ideológicas, inclusive quando contrariam ostensivamente o pensamento dominante dessa maioria. Acomodando-se, de modo natural e pacificamente, as múltiplas e, às vezes, contrárias aspirações, a um tempo em que se estimulam as descobertas, experiências e trocas de idéias, evita-se a ruptura social pela violência”.

Neste contexto, o devido processo legal passou por um longo e árduo trajeto de consolidação - o que não quer dizer que tenha atingido seu objetivo primordial - pois grande distância separa a prática da realidade fática. Somente com a real e efetiva aplicação dos postulados do devido processo legal, ter-se-á um processo penal nos moldes de um verdadeiro sistema acusatório de persecução penal e de um Estado Democrático de Direito, alicerçado pela preocupação com os direitos humanos e com as garantias individuais inerentes ao homem.

1.1.1 O Direito Inglês

A Magna Carta de 1215, imposta pelos Barões feudais contra a opressão levada a efeito pelo Rei John, também conhecido como Sem-Terra, foi o primeiro instrumento jurídico a estabelecer o devido processo legal (*due process of law*), estabelecendo no § 39 que⁵:

“Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus

⁴ SILVEIRA, *idem*, pág. 15.

⁵ SILVEIRA, *idem*, pág. 18.

bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos pares ou pelo costume da terra”⁶.

Como preleciona SUANNES⁷ no início o rei recusou-se a “apor o selo real no documento, o que justificou que bispos e nobres realizassem a marcha do Exército de Deus e da Santa Igreja em direção à cidade de Londres, que foi por eles tomada, ameaçando alastrar a revolta por todo o país”. Vendo que não havia saída o Rei cedeu diante das reivindicações e apôs o selo real no documento.

A Magna Carta de João Sem Terra representou um marco para a contenção da tirania e a afirmação da liberdade individual acima de qualquer interesse privatístico dos detentores do poder, permitindo-se apenas que o indivíduo seja processado e condenado mediante um julgamento justo, presidido por um juiz natural.

Significa que os indivíduos somente poderiam ser privados de seus direitos naturais se houvesse a previsão nesse sentido determinada na lei da terra (*law of the land*), ou seja, nos costumes constantes na *common law*.

CASTANHO DE CARVALHO⁸ acrescenta que a expressão devido processo legal somente surgiu em 1354, “sob o reinado de Eduardo III, em lei aprovada pelo parlamento inglês, na fórmula *due process of law*. Mas sempre se entendeu que a locução *law of the land* significava o mesmo que *due process of law*, tendo esta sido consagrada como sucessora daquela, com idêntico teor, tanto pelas cortes inglesas como pelas norte-americanas”.

Da Inglaterra o devido processo legal passou para as colônias americanas,

⁶ “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”.

⁷ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág.87.

⁸ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 70.

tendo sido positivado em várias das suas Constituições. Mas somente com a entrada em vigor da Constituição americana em 1789 que o princípio do *the due process of law* foi erigido a nível constitucional, na 5ª emenda.

1.1.2 O Direito Americano

Foram os dissidentes protestantes ingleses que trouxeram para a colônia americana os fundamentos da *common law*, inclusive o devido processo legal. Segundo a ponderação de SILVEIRA⁹ com o estabelecimento das 13 colônias “com constituições escritas próprias (compactos), outorgaram às cortes de justiça a aplicação da *common law*, que haviam herdado de seu país de origem”.

A partir da independência, as 13 Colônias passaram à qualidade de Estados livres e independentes na forma de uma Confederação. A Constituição americana de 1787 ao prever o federalismo, estabeleceu um poder central forte, “sem, contudo, limitar os poderes periféricos naquilo que lhes era concernente”¹⁰.

Em 15 de dezembro de 1791 incorporou-se à Constituição americana a carta de direitos (*Bill of Rights*), resultando no controle legal do poder central em função da independência e liberdade conquistada pelas Colônias americanas.

O devido processo legal ficou contemplado na emenda n. 5, dispondo sobre “alguns princípios processuais fundamentais como o julgamento pelo júri dos crimes mais graves, a impossibilidade de ser alguém processado duas vezes pelo mesmo fato, a garantia de ninguém poder ser obrigado a depor contra si mesmo, mas também o direito a uma justa indenização em caso de expropriação”, segundo aponta SUANNES¹¹.

Como a cláusula do *due process of law* não continha o caráter da

⁹ SILVEIRA, *op. cit.*, pág. 20.

¹⁰ SILVEIRA, *idem*. pág. 21.

¹¹ SUANNES, *op. cit.*, pág. 114.

obrigatoriedade em face da autonomia dos Estados, a emenda n. 14 de 1868 reitera o postulado do devido processo legal, tornando-o, agora, de aplicação obrigatória pelos Estados¹². Assim dispõe a Seção I:

“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”.¹³

1.1.3 O Direito Brasileiro

Se no direito comparado a inserção da cláusula do devido processo legal passou por um tortuoso caminho, no Brasil não houve diferença, podendo-se dizer que ainda não se assentou de modo incisivo na prática judiciária.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, promulgada sob a égide dos ideais democráticos após longo período ditatorial, as garantias constitucionais – ou mais precisamente o devido processo legal – começa a influenciar toda uma geração de políticos e juristas, dando azo a inserção dos postulados do devido processo legal, tanto no âmbito processual como substancial.

Na feliz observação de SILVEIRA¹⁴:

“Nada mais precisa ser dito sobre a falta de respeito às liberdades civis nesse período, que alcançou seu auge no início da década de 70, quando os adversários políticos do regime ditatorial simplesmente desapareciam nos porões da tortura administrativa pela terrível polícia política (DOPS)”.

¹² SUANNES, *idem, ibidem*.

¹³ *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

¹⁴ SILVEIRA, *op. cit.*, pág. 28-29.

Esse pavoroso poder ditatorial esgotou-se ao longo do tempo, sendo rejeitado pela sociedade, até que, através da Emenda Constitucional n. 26, de 17/11/85, convocou-se a Assembléia Nacional Constituinte, que, altamente representativa dos anseios do povo, promulgou a Constituição atual de 5/10/88.

O novo popular e democrático documento político trouxe diversas e significativas inovações, numa tentativa válida e ímpar de conter a força imperial do Estado, em face das liberdades civis, que consagrou prefacialmente através de um título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, buscando encontrar o ponto de equilíbrio entre a ordem e a liberdade”.

Somente num Estado Democrático de Direito o homem atinge sua plena liberdade. Quanto mais Democracia um Estado represente mais o homem se livra do opressão, mais liberdade conquista.

Não se pode falar em Estado Democrático de Direito sem a existência do princípio do devido processo legal. É o que preconiza LIMONGI¹⁵ ao admitir que o “devido processo legal é princípio intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito e um dos seus mais importantes esteios, do qual são corolários os demais princípios constitucionais como o princípio do contraditório, da igualdade, da legalidade, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e outros”.

A Constituição de 1988 foi a primeira a prever expressamente o princípio do devido processo legal, *in verbis*:

“Art. 5º...

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (Grifei).

NERY JUNIOR¹⁶ entende que o princípio do devido processo legal é a base, sobre a qual todos os outros princípios processuais se sustentam. Acrescenta que “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para

¹⁵ LIMONGI, Celso Luiz. **O devido processo legal substantivo e o direito penal**. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 2, n. 1, jan./jun., 2001, pág. 155.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. – 4. ed. rev., aum. E atual. Com a Lei da interceptações telefônicas 9.296/96 e a Lei da arbitragem 9.307/96. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 27.

que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É por assim dizer o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

Na cláusula do devido processo legal já estão implícitos os demais princípios constantes no artigo 5º da Magna Carta. Contudo, o Constituinte preferiu enfatizá-los expressamente como uma forma de reafirmá-los, tornando-os de cunho obrigatório a todos os Poderes da República.

1.2 CONCEITO E CONTEÚDO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não é tarefa fácil conceituar-se o devido processo legal, principalmente porque é um princípio cujo significado fora construído ao longo do tempo.

A Suprema Corte americana entende por devido processo legal segundo assevera J. J. CALMON DE PASSOS¹⁷ invocado por CASTANHO DE CARVALHO como:

“A garantia positiva de um direito natural das pessoas a um processo judicial inspirado por princípio de Justiça, ou garantia concreta de justiça substancial e não só formal”.

Porém, a doutrina entende que o conteúdo do devido processo legal é insuscetível de conceituação, devendo o caso concreto delinear-lhe o alcance e aplicabilidade. Essa linha de pensamento é seguida por LIMONGI¹⁸, para quem o “*Due process* não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo...”.

Ao contrário do que parece à primeira vista, o princípio do devido processo legal não fica cingido apenas ao processo jurisdicional. Seu âmbito de ingerência faz-

¹⁷ Revista Forense, n.º 277/1982.

¹⁸ LIMONGI, *op. cit.*, pág. 160.

se também em outros campos da realidade jurídica. Assim é que a doutrina distingue o devido processo legal substantivo do devido processo legal processual.

Para o primeiro, os postulados do devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No magistério de NERY JUNIOR¹⁹:

“A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário”.

Pode-se, por exemplo, mencionar o princípio do devido processo legal substantivo aplicável no Direito Administrativo, ao estatuir um limite ao Poder Público, “traduzido no controle da racionalidade e da motivação dos atos da administração pública, e , na Alemanha, tem fundamento no princípio constitucional da proibição de excessos”, como explana CASTANHO DE CARVALHO²⁰.

O mesmo autor, utilizando-se do conceito exposto pelo professor NICOLAS GONZALES-CUELLAR SERRANO²¹, entende por razoabilidade como:

“*El principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto... Exige, utilizando expresiones reiteradamente empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que las restricciones de los derechos fundamentales se encuentren previstas por la ley, sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan, y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlos*”.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade tem o mister de proteger os cidadãos do abuso de poder estatal, tanto no plano executivo, legislativo e judiciário. Os direitos fundamentais somente podem ser violados para tutelar outro

¹⁹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, pág. 35.

²⁰ CASTANHO DE CARVALHO, *op. cit.*, pág. 71.

²¹ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, pág., pág. 73.

direito fundamental de maior importância.

Infere-se do *substantive due process*, como salienta CASTANHO DE CARVALHO²² “que somente um órgão investido na função jurisdicional pode determinar restrições processuais aos direitos fundamentais, e que, somente em hipóteses taxativamente previstas em lei, essas medidas podem ser implementadas antes da cognição judicial, mas dependendo dela para sua subsistência”.

Em síntese e nas palavras de SILVEIRA²³ : “o substantivo devido processo legal refere-se ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substância está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis”. Tutela-se, desse modo, a privacidade da pessoa humana, devendo haver a demonstração de que a sua violação é imprescindível para determinados fins de interesse público.

Sob o pretexto de coibir a criminalidade organizada, criam-se leis que agridem os direitos e as garantias individuais. Uma medida que todos sabem de cunho apenas profilático. Nesse sentido, defende LIMONGI²⁴ a aplicação do substantivo devido processo legal no Direito Penal a fim de conter o ímpeto legislativo de tipificação de condutas criminosas desarrazoadas. Demagogicamente, o legislador tipifica condutas ou as torna de natureza hedionda sem, no entanto, utilizar-se de medidas extrapenais.

Já a *procedural due process* diz respeito às garantias individuais aplicáveis no âmbito processual penal.

Com efeito, disciplina NERY JUNIOR²⁵ que o devido processo legal em seu sentido processual nada mais é do que “a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à

²² CASTANHO DE CARVALHO, *op. cit.*, pág. 73.

²³ SILVEIRA, *op. cit.*, pág. 67.

²⁴ LIMONGI, *op. cit.*, págs. 151-152.

²⁵ NERY JUNIOR, *op. cit.* pág., 38.

justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos”.

ALEXANDRE DE MORAES²⁶ sempre proficiente nos seus dizeres discorre que:

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

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive nos militares”.

Tendo em vista que o objetivo deste trabalho não é arrolar todos os princípios decorrentes do devido processo legal, abordar-se-á adiante somente aqueles atinentes ao tema em comento aplicável à investigação criminal.

O sigilo das comunicações telefônicas constitui uma garantia individual contra qualquer forma de ingerência na vida privada. Somente em casos previamente contemplados no texto constitucional é possível quebrar-se essa garantia constitucional.

A disciplina normativa da prova no processo penal constitui também corolário do devido processo legal. As interceptações das comunicações telefônicas devem ser realizadas dentro dos parâmetros e hipóteses elencadas na lei, sob pena de nulidade.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, págs. 255-256.

1.3 DIREITOS HUMANOS E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O devido processo legal e seus corolários vieram limitar o sistema repressivo criminal, dotando-o de maiores garantias processuais aplicáveis já na fase da investigação criminal.

A respeito, é o que aduz FAUZI HASSAN CHOUKE²⁷:

“As novas tendências do Estado democrático reservam uma permeabilidade cada vez maior das conquistas processuais para o próprio procedimento (processo) administrativo, daí porque ser encarada com naturalidade a inserção de valores antes somente afetos à etapa jurisdicional, já na fase pré-processual, como *v.g.*, a motivação das decisões, um *juiz* “exclusivo” para os episódios jurisdicionais da investigação (sistema italiano), o questionamento da existência ou não do contraditório, e outras ainda não suficientemente estudadas sob esse enfoque, como a legitimidade exclusiva para a ação penal pública e o controle externo da atividade policial”.

Como se vê, por se tratar de procedimento administrativo que implica restrição à liberdade do indiciado, o Inquérito Policial já se encontra sujeito ao devido processo legal.

Nesse sentido, o inquérito policial embora não constitua peça do processo penal, que tem o seu início com a propositura da denúncia efetuada pelo órgão do Ministério Público, já está, nesta fase preliminar, sujeito às regras do devido processo legal. Dizer que a fase preliminar da ação penal já está sujeita às garantias individuais, não implica em sujeitar a autoridade policial a acatar os requerimentos formulados pelo acusado ou seu procurador. A autoridade policial detém o poder discricionário para decidir ou não a respeito de tais requerimentos. Acontece que é dever do delegado e direito individual do acusado que as decisões sejam motivadas.²⁸

É indubitável que a Constituição Federal de 1988 trouxe novos contornos ao inquérito policial, não se admitindo mais a existência de velhos dogmas. O devido

²⁷ CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.p. 73.

²⁸ SILVEIRA, *op. cit.*, p. 101.

processo legal é regra impostergável para a admissão de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, os direitos humanos devem ser compatibilizados na atividade policial, ou seja, nas diligências policiais. CARLOS ROBERTO BACILA²⁹ defende a plena compatibilidade entre as diligências policiais de urgência – entre as quais se encontra a interceptação das comunicações telefônicas – e os direitos humanos, através do Paradigma da legalidade. Quer dizer que os principais textos normativos (CP, CPP, CF, legislação especial) recepcionaram os principais direitos humanos. “Logo, o cumprimento da legalidade por parte do policial quando efetua a diligência de urgência implica respeito aos direitos humanos.”

As normas de direito positivo incorporaram os principais direitos humanos, de modo que a aplicação por parte da polícia da legalidade estrita, já implica respeito aos direitos e garantias individuais.

A submissão da polícia aos ditames legais quando realiza diligências policiais de urgência, entre as quais se encontram as interceptações das comunicações telefônicas, as buscas e apreensões, as diligências relativas à criança e aos adolescente, bem como as formas de controle da atividade policial, como é o caso da lei contra o abuso de autoridade, permite, segundo o autor acima mencionado, o estabelecimento do Paradigma da legalidade³⁰.

É premente a aplicação efetiva por parte do policial da legalidade, pois só assim, ter-se-á a consagração dos direitos humanos na estrutura processual brasileira, conferindo mais respeito aos valores absolutos de uma democracia.

²⁹ BACILA, Carlos Roberto. **Diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade**. Curitiba, 2000. Pág. 5. Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

³⁰ BACILA, *idem, ibidem*.

1.4 O DIREITO À PRIVACIDADE

Grande divergência conceitual existe na doutrina entre o direito à intimidade e o direito à privacidade. Para uma corrente não há distinção, sendo ambas as expressões sinônimas, decorrentes dos direitos de personalidade. Outros entendem que o direito à intimidade é mais restrito que o direito à privacidade e, para outros ainda, este faz parte daquele³¹.

O professor PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR³² já dizia que a intimidade é a “necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos”.

Conforme explana o mestre acima citado³³, a necessidade de tutelar a esfera de intimidade da pessoa humana já se fez sentir no século XIX pelo Direito estadunidense (“*the right to be let alone or the right of an individual to live a life of reclusion and anonymity*”) e muitos anos depois na Europa.

O grande impulso para o reconhecimento do direito à intimidade veio, primeiramente, com o Cristianismo e em seguida com as grandes declarações de direito do século XVIII, principalmente as cartas de direito norte-americanas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.³⁴

No Brasil, somente com a atual Constituição Federal houve o reconhecimento expresso do direito à imagem, embora anteriormente, mesmo sem previsão expressa, embora anteriormente esse direito já fosse reconhecido por pelos

³¹ CASTANHO DE CARVALHO, *op. cit.*, pág. 22.

³² COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, pág. 8.

³³ COSTA JUNIOR, *idem*, págs. 9 e ss.

³⁴ CASTANHO DE CARVALHO, *op. cit.*, pág. 23.

Tribunais ³⁵.

A vigente Constituição Federal erigiu no inciso X do artigo 5º a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como direitos fundamentais e, portanto, protegidos por cláusula pétrea.

X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O Constituinte de 1988 preservou, assim, de maneira ampla a intimidade e privacidade da pessoa humana, hoje tão ameaçada pelo moderno avanço tecnológico. Nas palavras do professor PAULO JOSÉ DA COSTA JR³⁶: “O processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica”.

A professora ELIZABETH FUTAMI DE NOVAES³⁷, da Universidade de Franca, com muita propriedade diz que:

“A Constituição Federal de 1988 percebeu que a evolução tecnológica como os modernos dispositivos de visão, audição e outros meios de controle a distância – propicia uma devassa na vida particular do cidadão, que tem direito à intimidade pessoal e à preservação da vida íntima que está constantemente ameaçada em consequência da moderna tecnologia, merecendo, desta forma, um amparo constitucional por parte do Estado”.

Assim, o Constituinte de 1988 cômico de que o desenvolvimento tecnológico acarretaria o perigo de devassamento na vida privada dos cidadãos, tutelou de maneira geral a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, incorrendo aquele que os desrespeitar em responsabilidade civil (dano material e

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentário à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, pág. 62.

³⁶ COSTA JUNIOR, *op. cit.*, pág. 14.

³⁷ NOVAES, Elizabeth C. O. Futami de. **A tutela constitucional sobre a vida privada e a honra**, in *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, n. 1, nov. 1998.

moral) e penal³⁸.

Ponto que merece destaque nesta oportunidade, exposto incisivamente por FAUZI HASSAN CHOUKE³⁹, refere-se à adequação entre o direito à informação e à intimidade na investigação criminal. E arremata brilhantemente o autor:

“O tema é tormentoso e de solução ainda distante, muito embora sua discussão entre nós não tenha ganhado a dimensão que deveria. Isto porque existe um confronto explícito entre uma parcela da mídia, que se alimenta da invasão no direito à intimidade do ‘indiciado’ (a imprensa adora essa expressão, embora raramente saiba extrair seu conteúdo jurídico, que é praticamente nenhum), tudo em nome da ‘informação’, sendo este último valor constitucional, tão importante quanto o primeiro”.

1.5 O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

O inciso XII do artigo 5º da Magna Carta de 1988, complementando o direito à intimidade e privacidade, estatui a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas, com exceção, no último caso, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução

³⁸ PEREIRA JUNIOR, Álvaro. **Lei reforça vigilância na internet**. Folha de S. Paulo, 07 out. 2001, Folha Mundo, p. 19, referindo-se às tecnologias de vigilância, principalmente após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, elenca uma série de equipamentos utilizados por alguns países para o fim de manter um maior controle sobre as “atividades terroristas”:

- a) “Carnivore”: equipamento que “acoplado ao computador principal de um provedor de internet, copia todas as mensagens enviadas a um suspeito por e-mail”;
- b) “Echelon”: “ Em operação desde 1971, o sistema grampeia telefones e e-mails que passam por satélites. O programa busca série de palavras (‘explosives’ por exemplo), e, assim que elas são detectadas, a gravação é enviada para centros de processamento nos EUA, Canadá, Reino Unido e Austrália”;
- c) “Raio X corporal”: “Sistema avançado de raios X, é capaz de detectar materiais plásticos e até pó”.
- d) “Reconhecimento Facial”: “Sistema de câmeras de vídeo conectadas a um megabanco de dados que compara rostos na multidão com imagens de criminosos”.

³⁹ CHOUKE, Fauzi Hassan. *Op. cit.*, pág. 92.

processual penal.

Esse dispositivo constitucional constitui desdobramento do direito à intimidade e privacidade e, juntamente com a proibição da prova ilícita, compõem o que se denomina “instrumentos de tutela da intimidade⁴⁰”.

A esse respeito, CELSO BASTOS é bastante explícito⁴¹:

“Dizer que a correspondência assim como as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são invioláveis significa que a ninguém é lícito romper o seu sigilo, isto é: penetrar-lhe o conteúdo. Significa ainda mais: implica, por parte daqueles que em função do seu trabalho tenham de travar contato com o conteúdo da mensagem, um dever de sigilo profissional. Tudo se passa portanto como se a matéria transmitida devesse ficar absolutamente reservada àquele que a emite ou àquele que a recebe”.

Num Estado de Direito, a inviolabilidade das comunicações e dados pessoais são corolários do devido processo legal, de modo que a atuação estatal de persecução penal também está jungida ou limitada pelo direito à privacidade⁴².

De todo o exposto, é nítida a preocupação da Constituição Federal em amparar a intimidade e a privacidade, dotando as comunicações telefônicas do caráter da inviolabilidade. Entretanto, diante da crescente escalada da criminalidade, do surgimento do terrorismo, da formação de organizações criminosas, entendeu por bem a Constituição limitar a garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas em determinados casos, permitindo, assim, que se intercepte, desde de que para auxiliar na investigação criminal ou instrução processual, e desde que seja mediante autorização judicial e que se trate de crime de natureza grave, conforme se verá adiante.

Tal medida, decorre do sopesamento entre o direito individual à intimidade e privacidade e o direito coletivo à ordem e segurança pública. Aquele somente cederá, todavia, em casos restritos determinados em lei.

⁴⁰ A expressão é de CASTANHO DE CARVALHO, Luiz G.G.. *Op. cit.*, pág. 47.

⁴¹ BASTOS, *op. cit.*, pág. 71.

⁴² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, pág. 419.

Essa linha de raciocínio é seguida por LUIZ FLÁVIO GOMES⁴³, para quem “não existe direito fundamental absoluto. Desde que a invasão na privacidade justifique-se para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou para uma ‘investigação criminal ou instrução processual penal’ é óbvio que o direito de privacidade tem que ceder, em atenção ao princípio da proporcionalidade”.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1997, pág.121.

CAPÍTULO 2 - AS INTERCEPTAÇÕES DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

2.1 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM O ADVENTO DA LEI N. 9296/96

Entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9296/96, oito anos se passaram. Tempo suficiente para que doutrina e jurisprudência divergissem em relação à admissibilidade das interceptações telefônicas sem a regulamentação do inciso XII da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra LENIO LUIZ STRECK⁴⁴, entendia majoritariamente que o dispositivo constitucional não era “auto-aplicável”. Tratando-se de preceito que limitava direito fundamental, somente a partir da sua regulamentação legal, permitir-se-ia a utilização de escuta telefônica.

Com relação ao Superior Tribunal de Justiça, STRECK⁴⁵ aponta que o entendimento de algumas de suas Turmas “relativizava o uso de prova obtida por ‘escuta telefônica’”.

Alguns Tribunais, conforme demonstra o Procurador de Justiça gaúcho⁴⁶,

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição - cidadania - violência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pág. 21, relatando julgamento de HC n. 73.351-SP, 10/06/1996, transcreve a seguinte ementa: “a prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos ‘frutos da árvore envenenada’, o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante – apreensão de 80 quilos de cocaína – e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizada pelo juiz. Aplicação do art. 5, LVI, da CF (‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’). Necessidade de regulamentação do art. 5º, XII, da CF...”.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Idem*, pág.23.

⁴⁶ STRECK, *idem*, pág. 24, cita por exemplo acórdão prolatado pelas Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que: “Escuta telefônica. Prova da autoria. A escuta telefônica é expressamente autorizada na CF, art. 5º, inc. XII, em casos especiais e deferida pelo Juiz. Preliminar de nulidade rejeitada. Prova da autoria manifesta. (RJTJRS 166/52)”.

“entendiam que, mediante ordem judicial, era possível determinar escutas telefônicas”.

A Lei 9296, de 24 de julho de 1996 veio regulamentar o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, suprimindo então a exigência constitucional de regulamentação do referido dispositivo, que até então tantas dúvidas gerava.

São os dispositivos desta lei que serão tratados no tópico seguinte, frisando-se novamente que o presente estudo restringe-se ao aspectos legais aplicáveis à investigação criminal conduzida pela autoridade policial.

2.2 ABRANGÊNCIA DO CONCEITO E ALCANCE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Cumpra, preliminarmente, delimitar o que vêm a ser interceptações telefônicas e a abrangência que a lei ordinária quis lhe conferir. Assim, interceptações seriam tão-somente aquelas efetuadas por um terceiro sem o consentimento dos interlocutores da comunicação telefônica⁴⁷ ou abarcariam também aquelas realizadas por um dos interlocutores da conversa telefônica sem o conhecimento do outro?

A esse respeito AVOLIO⁴⁸ bem o explica: “interceptação, etimologicamente, significa ‘deter na passagem’, logo, é uma conduta que só pode ser praticado por ‘terceiro’ - o fator *terzeitá*, no dizer dos juristas italianos – conceito fundamental para a compreensão dos institutos jurídicos afins como o impedimento, a interrupção, a

⁴⁷ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. de MARTINS, Alexandra, MRÓZ, Daniela. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002, pág. 248, afirma que no Direito Italiano interceptação é a “captação, mediante o emprego de instrumentos mecânicos ou eletrônicos, de uma comunicação ou conversação reservada, quando referida captação é realizada de maneira clandestina por uma terceira pessoa diversa dos interlocutores”. Mais adiante prescreve: “Não existe ‘interceptação se Tício grava uma conversação telefônica sem o conhecimento dos sujeitos que com ele se comunicam por qualquer meio: a fita da gravação assume a natureza de ‘documento’ e poderá ser admitida no processo. Na verdade, neste caso, falta a terceira pessoa em relação aos interlocutores”.

⁴⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência**. São Paulo: 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág.176 e 177.

simples gravação e a escuta das comunicações telefônicas”. Já quando há o conhecimento de um dos interlocutores, segundo o ilustre autor, estar-se-á diante do que se denomina “escuta telefônica”.

A grande discussão doutrinária refere-se ao alcance dado pela lei aos casos permissivos de interceptação das comunicações telefônicas, ou seja, se a lei 9296/96 abrangeu também a hipótese de escuta telefônica ou regulamentou tão-somente as interceptações telefônicas.

Com efeito, entende GRECO FILHO⁴⁹ que somente no caso de interceptação efetuado por um terceiro sem o conhecimento do outro estar-se-á diante de uma interceptação telefônica, incorrendo seu autor no crime previsto no artigo 10 da Lei 9296/96. A gravação unilateral feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, segundo alude o mestre processualista “não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares – o remetente e o destinatário – são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para divulgação”. Portanto, conclui que “o seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação”.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES⁵⁰, discorrendo sobre o tema, doutrina que as interceptações telefônicas “abrangem” somente a perpetrada por terceiro sem ou com o conhecimento de um dos interlocutores. Já a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro fica fora do âmbito lei, “sendo permitida como prova quando houver justa causa, como sucede

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 4.

⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **A lei de interceptação telefônica**, in *Justiça Penal* n. 4. São Paulo: RT, 1996, pág. 54.

nas gravações em caso de seqüestro de conversas entre seqüestradores e familiares da vítima”.

Outro ponto da lei que gera acirradas discussões na doutrina refere-se à possibilidade de interceptações de fluxos de comunicações em sistemas de informática e telemática. Consta no parágrafo único do artigo 1º da lei n. 9296/96 que:

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

Referindo-se ao tema, CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA⁵¹, brilhantemente alega:

“O legislador, com esse dispositivo, pretendeu combater os crimes da era moderna, onde o computador é um grande aliado das organizações criminosas. Hoje, em tempo real, milhões de dólares são transferidos de um lugar para outro, sem que haja a necessidade de se sair de casa. A lavagem de dinheiro é um dos negócios mais rentáveis para os criminosos do ‘colarinho branco’, que conseguem legalizar grandes quantias de dinheiro provenientes de negócios dos mais escusos. É fato notório que o Brasil é um dos Países utilizados pelo narcotráfico para a lavagem de dinheiro. Atualmente, com a publicação da Lei n.º 9.613, de 1º de março de 1998, que trata dos crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores, a situação pode vir a melhorar. Todavia, é necessário que a Polícia e Justiça sejam dotadas de instrumentos eficazes para o combate desses crimes, que geram prejuízos vultosos para o nosso País”.

Deve-se dar à polícia e à Justiça o meios necessários para que o Brasil não seja controlado pelo crime organizado, o qual utiliza-se, hoje, de avançados sistemas de comunicação via *modem*.⁵²

Esclarecedor é o entendimento de STRECK⁵³ uma vez que o objetivo da lei foi de abarcar “comunicações telefônicas *a qualquer espécie de comunicação*, ainda que realizada mediante sistemas de informática, *existentes ou que venham a ser criados, desde que tal comunicação utilize a modalidade ‘comunicações telefônicas’*”.

⁵¹ MARIANO DA SILVA, César Dario. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual e penal**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1999, p. 58.

⁵² MARIANO DA SILVA, César Dario. *Idem*, pág.60.

⁵³ STRECK, *op. cit.*, págs. 42 e 43.

Mais adiante obtempera que “com o avanço da informática, permite-se a prática de comunicações via computador, por exemplo a Internet, cujo veículo é o telefone”.

Esposando entendimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da lei 9296/96, GRECO FILHO⁵⁴ defende que a expressão “no último caso” constante no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal pressupõe somente duas hipóteses: na primeira o “texto constitucional prevê somente duas situação de sigilo: o da correspondência, de um lado, e os demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que ‘último caso’ corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações”; a segunda hipótese elencada por GRECO FILHO “parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão ‘último caso’, admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas”.

E conclui⁵⁵ que a expressão “no último caso” refere-se apenas às interceptações telefônicas, pois se a Constituição quisesse que as interceptações abrangessem as comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, teria utilizado a expressão “no segundo caso” e não no “último caso”, como o fez.

Esse é também o entendimento de GRINOVER⁵⁶ uma vez que as regras cujo conteúdo versam sobre limitações de direitos devem ser “interpretadas restritivamente”, ficando a ‘comunicação telefônica’ adstrita à “transmissão da voz”.

Oportuno frisar que apesar de vozes apregoando a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da lei 9296/96, alguns crimes somente poderão ser elucidados na fase preparatória da ação penal mediante interceptações de

⁵⁴ GRECO FILHO, *op. cit.*, pág. 10 e 11.

⁵⁵ GRECO FILHO, *idem, ibidem*.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**, in *Revista Brasileira de Direito Criminal*, 17/115.

comunicações de dados e telemática. Crimes esses cujo meio de execução é primordialmente através das comunicações de telemática e de dados, como ocorre por exemplo com a pedofilia na internet.

Outrossim, diante do avanço tecnológico e dos riscos que ele traz consigo, mister se faz a urgência de uma legislação que trate dos crimes perpetrados pela internet, pois os instrumentos atuais são ineficazes para combater essa modalidade criminosa que invariavelmente cresce dia-a-dia.

2.3 DO CABIMENTO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A Constituição Federal de 1988 já delimitou as hipóteses de cabimento para a concessão da interceptação telefônica no inciso XII de seu artigo 5º:

XII – “e 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*” (sem grifo no original).

Assim, deixou consignado o Constituinte a finalidade das interceptações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Já o artigo 1º da lei 9296/96 preceitua que:

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

De tudo o que já foi dito, visou o legislador a dotar a Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário de mecanismos aptos a combater a crescente onda de criminalidade imperante hodiernamente, que já atingiu índices alarmantes.

MARCELO BATLOUNI MENDRONI⁵⁷ realça a importância do uso legal das interceptações telefônicas como meio de prova, principalmente no que se refere ao combate das organizações criminosas e sustenta:

“A interceptação telefônica, também conhecida por ‘escuta telefônica’ atualmente tem considerável grau de importância como meio de produção de prova, já que planejamento, ordens e execuções de crimes invariavelmente passam por necessidade de comunicação entre os agentes, principalmente tratando-se de Organização Criminosa.

Assim, com o deferimento judicial da escuta telefônica, a Polícia e/ou o Ministério Público podem passar a monitorar os passos das empreitadas criminosas e agir de forma mais planejada e consciente, pondo em prática inclusive eventual ação controlada”.

Propiciou a lei que as interceptações telefônicas fossem cabíveis na fase preliminar ou preparatória da ação penal a fim de respaldar o órgão do Ministério Público um mínimo de elementos probatórios capazes de ensejar a propositura da denúncia, fornecendo ao promotor a matéria-prima para a formação de sua *opinio delicti*.

Uma vez que a lei 9296/96 disciplinou e regulamentou as interceptações telefônicas, tratando, assim, de limitação ao direito fundamental do sigilo das comunicações via telefone, seu uso não pode ser feito de maneira desmesurada, mas sim, diante de certos pressupostos elencados na própria lei⁵⁸. Não se admite, conforme estatuído no artigo 2º, a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer

⁵⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pág. 92.

⁵⁸ No Direito Italiano, conforme assinala TONINI, Paolo, *op. cit.*, pág. 249, as interceptações das comunicações telefônicas são admitidas com muitos limites. Assim, são admitidas nos seguintes casos: crimes não culposos para os quais é prevista pena de prisão perpétua ou de reclusão superior a cinco anos; crimes contra a administração pública, para os quais é prevista a pena de reclusão não inferior a cinco anos; crimes concernentes a substâncias entorpecentes ou psicotrópicas; crimes concernentes às armas e às substâncias explosivas; crimes de contrabando; delitos de ameaça, injúria, usura, atividade financeira abusiva, moléstia ou distúrbio de pessoas por meio de telefone; distribuição, divulgação ou publicação de material pornográfico realizado por meio de exploração de menores de dezoito anos. Devem, no mais, ser autorizadas pelo juiz a pedido do Ministério Público quando houver graves indícios de delito e quando a interceptação for absolutamente indispensável para os fins das investigações.

qualquer das seguintes hipóteses:

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

II – quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, e

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

São, segundo sustenta STRECK⁵⁹, a institucionalização dos requisitos “*fumus bonis juris* e do *periculum in mora* como pressupostos para a autorização das interceptações”. Além desses pressupostos, o autor gaúcho inclui mais um: a ‘necessidade’, previsto no artigo 4º da lei de interceptações⁶⁰.

É nítida a preocupação do legislador em restringir as hipóteses de cabimento das interceptações telefônicas, deixando clara que ela somente poderá ser deferida pelo juiz competente nos casos em que a autoridade policial não tenha diante de si outros meios disponíveis para a apuração de uma infração penal. Por isso, com acerto, assinala JOÃO ROBERTO PARIZATTO⁶¹ que a interceptação será indeferida no caso de haver outros meios igualmente aptos para provar o que se queria com a interceptação das comunicações telefônicas como por exemplo “oitiva de testemunhas, busca e apreensão de documentos, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos ou de pessoas, através de perícias, enfim, qualquer outro meio de convicção, ou seja, de prova da autoria ou participação de determinada pessoa em alguma infração penal...”.

O inciso I do artigo 2º da Lei n.º 9.296/96 pressupõe para o deferimento das escutas telefônicas a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em

⁵⁹ STRECK, *op. cit.*, pág. 45.

⁶⁰ Art. 4º: “O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados”.

⁶¹ PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei 9.296/96*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, pág.21.

infração penal (*fumus bonis iuris*). Como leciona AVOLIO⁶² esse inciso “constitui requisito geral das medidas cautelares, o *fumus bonis iuris*, referindo-se a autoria ao agente e a infração penal à sua materialidade”.

Finalmente, o inciso III trata da exigência de que o crime objeto de investigação seja punido com pena de reclusão para ensejar interceptação de comunicação telefônica.

A doutrina majoritariamente, repugna este dispositivo ao considerar que a interceptação das comunicações telefônicas fosse destinada para todo e qualquer crime de reclusão. É o que preconiza, com muita razão, GRECO FILHO⁶³ ao atribuir às interceptações das comunicações telefônicas o caráter de exceção frente ao sigilo das comunicações que é a regra em nosso Direito. No mais, acrescenta que muitos delitos punidos com pena de reclusão não justificam a quebra do sigilo telefônico⁶⁴.

Assim, o indiciado detém uma série de garantias constitucionais aplicáveis à investigação criminal, como corolário do devido processo legal, entre os quais se encontra o direito à privacidade e intimidade. Podendo a autoridade policial fazer uso de outros meios de prova, não lhe será deferido pelo juiz competente o requerimento de interceptação das comunicações telefônicas, pois conforme já foi dito: a interceptação é exceção ao passo que sigilo é a regra.

⁶² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. cit.*, pág. 193.

⁶³ GRECO FILHO, *op. cit.*, págs. 14 e 15.

⁶⁴ No mesmo diapasão, fazendo uso de uma interpretação conforme a Constituição, assinala STRECK, *op. cit.*, págs. 57 e 58: “Fica claro que somente se justifica a invasão da esfera dos direitos fundamentais do indivíduo para o combate dos crimes que representem ameaça aos valores constitucionais, erigidos como metas pelo Estado Democrático de Direito”. E mais adiante sustenta que a finalidade da lei é combater a “criminalidade sofisticada”, e não da criminalidade ‘rastaquëra’ ou “descalça”.

2.4 DO PROCEDIMENTO E EXECUÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

De tudo o que foi dito até agora: importância das escutas telefônicas na fase investigatória; previsibilidade da utilização das interceptações telefônicas na investigação criminal e hipóteses de cabimento, mister se faz nesta oportunidade tratar do procedimento e execução policial das interceptações.

Dispõe o artigo 6º da Lei n. 9296/96 que: “Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”.

Come se vê, a autoridade policial não pode proceder às interceptações das comunicações telefônicas *sponte sua*, devendo para esse mister requerê-las fundamentadamente perante a autoridade judiciária.

O Direito brasileiro, principalmente após o advento da Constituição de 1988, introduziu os princípios do sistema acusatório de persecução penal, delimitando o exercício de funções dos órgãos processuais penais, havendo em consequência um quase processo de partes. De outro lado consigna que o indiciado assume o papel de sujeito de direitos e não somente objeto da *persecutio criminis*, detendo, assim, uma série de garantias constitucionais cuja aplicação já se faz sentir no âmbito da fase investigatória.

Na feliz observação de FAUZI HASSAN CHOUKE⁶⁵ “o juiz instrutor cede espaço ao *juiz garantidor* e o Ministério Público assume o papel de propulsor da ação, tendo a seu lado, para a coleta de informações necessárias, a Polícia Judiciária”.

Por tais motivos, determinou a Lei 9296/96 a exigência de autorização judicial para fins de interceptação telefônica. O juiz desempenha um papel de garantidor do probó desenvolvimento da investigação policial, apreciando o que o autor acima citado chama de “jurisdicionalização de incidentes na investigação”, ou

⁶⁵ CHOUKE, Fauzi Hassan, *op. cit.*, pág.60.

seja, é a jurisdicionalização de incidentes na fase investigatória a fim de que ela seja revestida de maior controle das garantias constitucionais⁶⁶.

Deferida a interceptação num prazo de 24 (vinte e quatro) horas a autoridade policial conduzirá sua execução, não podendo exceder de 15 (quinze) dias, renovável por igual período (art. 5º), devendo cientificar o Ministério Público de sua realização que, querendo, poderá acompanhá-la.

O artigo 6º tratou de confiar à autoridade policial a condução da diligência interceptativa, o que gerou acirradas discussões na doutrina.

EDIMAR CARMO DA SILVA⁶⁷, em recente trabalho publicado, defende que:

“A adoção do sistema acusatório não ganha repercussão apenas no exercício da ação penal pública pelo oferecimento da denúncia. Como reflexo instrumental, significa que a partir da nova ordem constitucional somente o Ministério Público possui o *jus postulandi*, vale dizer, somente ele, como titular privativo da ação penal pública, possui o poder postulatório (como pressuposto processual da capacidade de acionar/provocar) para todas as demais ações e medidas assecuratórias/cautelares de provocação do Poder Judiciário para o escopo final de preparar/instaurar/assegurar/prevenir a aplicação da lei penal ao caso concreto”.

Os textos processuais penais mais avançados, delimitam nitidamente o papel da Polícia Judiciária em face do Ministério Público, deixando aquela sob uma condição de coordenação ou órgão auxiliar deste. Neste contexto o Ministério Público assume o papel das investigações criminais, tendo a Polícia como órgão auxiliar⁶⁸.

⁶⁶ CHOUKE, *idem*, pág. 85 – 89 defende a existência de um órgão jurisdicional específico – diverso do órgão que apreciará a ação penal - para a apreciação de toda a gama de incidentes eventualmente surgidos na investigação.

⁶⁷ CARMO DA SILVA, Edimar. **Ministério Público e a titularidade privativa do *Jus Postulandi* para a Ação Penal Pública e Procedimento Incidentes**, in Boletim IBCCRIM, n.º 117, agosto 2002, págs. 5-7.

⁶⁸ Como exemplo, pode-se mencionar o “Projeto de Código Processual Penal- Tipo para Ibero-América, que confere no artigo 73 a função da Polícia. Art. 73: “A Polícia, por iniciativa própria, em virtude de uma denúncia ou por ordem do Ministério Público, deverá investigar os fatos puníveis perseguíveis de ofício, impedir que os tentados ou os cometidos sejam levados a conseqüências posteriores, individualizar os culpados e reunir os elementos de prova úteis para dar base à acusação ou determinar a absolvição antecipada. Se o fato punível depender, para sua

Alude o § 1º do artigo 6º que sendo possível a gravação da comunicação, será determinada a sua transcrição. Embora a lei não torne obrigatória a gravação das comunicações telefônicas, a doutrina considera que sendo possível deverá a autoridade policial fazê-lo, pois assim, garantir-se-á a autenticidade e veracidade do seu conteúdo⁶⁹.

Por fim, resta esclarecer a respeito do procedimento interceptativo das comunicações telefônicas como meio probatório no processo penal, que “cumprida a diligência”, a autoridade policial deve proceder a auto circunstanciado, detalhando ao juiz os passos do procedimento de interceptação (§ 2º).

Abordado neste capítulo as regras atinentes às interceptações das comunicações telefônicas, segundo o tratamento que lhe confere a lei 9.296/96, como exceção à garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas previsto no próprio texto constitucional para a finalidade de compor prova no processo penal brasileiro, abordar-se-á no próximo capítulo o tema das provas obtidas por meios ilícitos, devendo desde já, consignar que para que haja o devido processo legal em um Estado Democrático de Direito, as provas devem ser coletadas na mais absoluta licitude, sob pena de nulidade e frustração do *jus puniendi* estatal.

persecução, de uma representação particular ou de uma autorização estatal, regerão as regras do artigo 229. Os funcionários policiais serão auxiliares do Ministério Público para efetivar o procedimento preparatório”.

⁶⁹ AVOLIO, Luiz Franciso Torquato, *op. cit.* pág. 209.

CAPÍTULO 3 – AS INTERCEPTAÇÕES DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS.

3.1 DA PROVA

Para que o Estado-Juiz impute à alguém a prática de ilícito penal, é necessário que o faça tendo em “suas mãos” a certeza da autoria e da materialidade da infração. Essa certeza é obtida mediante a produção probatória levada a efeito na instrução processual.

Como diz MIRABETE⁷⁰:

“Essa demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova. No processo criminal, ao menos para a condenação, os juízos ‘serão sempre de certeza, jamais de probabilidade, sinônimo de insegurança, embora possa a probabilidade ser caminho, impulso na direção da certeza”.

É através da prova que se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo⁷¹.

Segundo esclarece CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA⁷² “a palavra prova vem do latim *probatio*, tendo por significado verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e derivando do verbo *probare*, que significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar”.

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até abril de 1999.** São Paulo: 6ª ed., Atlas, 1999, pág. 236.

⁷¹ CINTRA, A. C. de Araújo; GRINOVER, A. Pellegrini; DINAMARCO, C. Rangel. **Teoria geral do processo.** São Paulo: 12ª ed., Malheiros, 1996, pág. 352.

⁷² MARIANO DA SILVA, César Dario. *Op. cit.*, pág. 11.

TROCKER⁷³, invocado por AVOLIO afirma que:

“A atividade probatória representa o momento central do processo. Estritamente ligada à alegação e indicação dos fatos, visa a oferecer ao juiz a demonstração da verdade dos fatos deduzidos ou levados ao conhecimento em juízo – ou, mais precisamente – de um tal grau de *verosimiglianza* de modo a poder excluir razoavelmente as incertezas – e assume, portanto, uma importância fundamental para a formação do provimento jurisdicional”.

GOMES FILHO⁷⁴ ressalta dupla finalidade da prova no processo penal: de um lado serve para formar o convencimento do juiz e, de outro, serve para “justificar perante o corpo social a decisão adotada”. E sustenta que: “assim, considerar a prova como ‘alma do processo’ tanto pode significar a exaltação do seu valor interno – de instrumento pelo qual o juiz se esclarece dos fatos - , como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando, em contrapartida, adesão do grupo ao pronunciamento resultante”.

O Código Processo Penal em seu artigo 155 adotou o princípio da liberdade dos meios de prova, isto é, com exceção da prova obtida por meio ilícito ou ilegítimo, conforme se verá adiante, não há restrições aos meios de prova. Contudo fixou que quanto ao estado das pessoas, devam ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Ao Estado incumbe restringir determinados meios de prova quando estes colidem com direitos e garantias fundamentais, como por exemplo a intimidade e a privacidade da pessoa humana⁷⁵.

Impera na sistemática processual penal o sistema da “persuasão racional”

⁷³ TROCKER, Nicolo. **Processo civile e Costituzione**. Giuffrè, 1974, pág. 510.

⁷⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

⁷⁵ AVOLIO, *op. cit.*, pág. 25-26, referindo-se à limitação ao meios de prova defende que: “a melhor opção, hoje, parece ser a liberdade probatória, delimitada pelas mencionadas diretrizes. O Estado, assim, deve restringir, limitar, proibir ou impedir a utilização de determinados meios de prova, ou o seu uso em relação a determinados fatos. Tudo em prol da defesa dos valores sociais, dentre os quais avultam a liberdade e a intimidade”.

para a apreciação da prova, segundo o qual o juiz detém “liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que o conduziram à conclusão, conforme apontam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO⁷⁶.

Acrescenta GOMES FILHO⁷⁷ que “o livre convencimento pressupõe uma liberdade *racionalizada*, exercida dentro de certos parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras da experiência comum, e outras, inclusive jurídicas”.

O sistema da persuasão racional vem disciplinado no artigo 157 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

3.1.1 O contraditório e o direito às partes de apresentarem as provas

O Brasil adotou um sistema probatório inspirado nos ideais iluministas e no sistema de julgamento popular.

Pelo sistema processual anglo-americano, é ínsito ao processo o estilo competitivo em que as partes detêm a iniciativa probatória, podendo apresentar provas e interrogar as testemunhas⁷⁸.

Já no sistema europeu-continental, influenciado pela ideologia inquisitória, a tarefa de coleta das provas ficou reservado ao juiz, de modo que às partes se confiava muito pouco na iniciativa probatória⁷⁹.

Foi somente com as Constituições do pós-guerra que esse direito começou a se incorporar ao Ordenamento Jurídico dos povos de tradição do sistema europeu-

⁷⁶ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *op. cit.*, pág. 356.

⁷⁷ GOMES FILHO, *op. cit.*, pág. 162.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: 2ª ed., Feorense Universitária, 1998.

⁷⁹ GRINOVER, **o processo em...**, *ibidem*.

continental⁸⁰, firmando-se em conseqüência o sistema acusatório de persecução criminal, pelo qual o juiz assume um papel mais neutro na produção das provas e, em contrapartida as partes assumem um papel demasiado ativo e em igualdade de condições. O sistema acusatório prescreve TONINI⁸¹:

“Fundamenta-se em um princípio oposto, qual seja o princípio dialético. Considera-se que a verdade é acertada com mais eficácia se as funções processuais forem distribuídas entre os sujeitos que têm interesses contrapostos. Ao juiz imparcial incumbe apenas decidir com base nas provas trazidas pela acusação e pela defesa. A escolha realizada pelo juiz entre as diversas reconstruções do fato histórico é estimulada por meio do contraditório entre os sujeitos impulsionados por interesses contrapostos”.

A Constituição de 1988 assegurou no artigo 5º, LV, a garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral. Este dispositivo deve ser entendido em consonância com o inciso LIV do mesmo artigo que prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Outrossim, com a adesão pelo Brasil do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, consagrou-se o direito à prova no processo penal⁸².

Assentou-se no ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência dos dispositivos constitucionais acima referidos, o princípio do contraditório atinente à produção das provas.

O contraditório significa que o juiz, em função da sua posição de imparcialidade, coloca-se entre as partes. Estas, por sua vez, estão em posição de igualdade, podendo influir em igualdade de condições e oportunidades no livre

⁸⁰ GRINOVER, *o processo em...*, *ibidem*.

⁸¹ TONINI, Paolo. *Op. cit.*, pág. 16.

⁸² GOMES FILHO, *op. cit.*, pág. 82, pondera que esses tratados consagraram o direito “ao acusado de inquirir testemunhas de acusação, bem como de obter o comparecimento de testemunhas de defesa, em igualdades de condições”. Alude ainda que por força do § 2º do artigo 5º da Constituição, “essa garantia possui a estatura e dignidade constitucional”. No mesmo sentido Grinover, Ada Pellegrini. *O processo...*, pág. 325.

convencimento do juiz.⁸³

3.1.2 Valor Probatório do Inquérito Policial

Quando da prática de um ilícito penal, é dever da autoridade policial colher todas as provas possíveis para que o órgão do Ministério Público possa formar sua *opinio delicti*.

Não há restrição legal relativamente às provas no inquérito policial, aceitando-se todas as provas conhecidas. Acontece que algumas provas colhidas na fase policial devem ser renovadas na instrução criminal e outras não, como é o caso das provas periciais.

Durante a percepção das provas na fase investigatória a autoridade policial ouve o ofendido, determina a elaboração de perícias, ouve o indiciado, procede a acareações, ouvida de testemunhas, buscas e apreensões, representa acerca da prisão preventiva do indiciado, cumpre os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias etc.

O processo penal, tendo em vista cuidar do mais importante bem jurídico, está jungido pelo princípio da verdade real⁸⁴ que obriga o magistrado a somente condenar o réu em caso de certeza da autoria da infração penal. É o que preconiza por exemplo o julgado (Ap. 178. 425, TACrimSP, Rel. Goulart Sobrinho) citado por ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA⁸⁵: “Sob pena de cometer possível erro judiciário, não pode o juiz criminal proferir condenação sem certeza total da autoria e da culpabilidade”.

⁸³ AVOLIO, *op. cit.*, pág. 26.

⁸⁴ AVOLIO, *idem*, pág. 39-42 afirma que “ se a verdade é um objetivo a ser alcançado no processo, não se pode mais contrapor a verdade formal à verdade material: no processo existe apenas uma verdade, a verdade judiciária, que é aquela que emerge de um procedimento desenvolvido em contraditório, e baseado necessariamente em critérios de admissibilidade e exclusão das provas”.

⁸⁵ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. São Paulo, 5. ed.. Saraiva, 1999.

As provas colhidas na fase investigatória servem de poderoso auxílio tanto para o órgão do Ministério Público apresentar a denúncia como para o juiz proferir sua sentença. Entretanto, elas devem ser sopesadas com todo o material probatório colhido na instrução criminal para que possa embasar futura sentença definitiva de condenação. *Per si*, são incapazes de gerar uma sentença penal condenatória⁸⁶.

Todas as provas colhidas na investigação criminal, portanto, devem ser corroboradas na instrução criminal, sob pena de não possuírem força suficiente para desencadear sentença penal condenatória.

As interceptações das comunicações telefônicas nessa fase preliminar assumem papel de destaque na produção probatória. Todavia, conforme já foi desenvolvido no capítulo precedente, seu uso só se faz cabível caso a autoridade policial não tenha outros meios legais para a coleta de informações.

Por se tratar de exceção à garantia da inviolabilidade dos sigilos das comunicações telefônicas, a utilização descontrolada desse poderoso meio de devassamento da vida privada, ensejará sua nulidade, por flagrante infringência da obrigatoriedade das provas obtidas por meios admitidos em Direito.

3.2 DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Foi longo o processo de regulamentação das provas ilícitas nos ordenamentos jurídicos externos.

Num primeiro momento, em função do dogma da verdade real e do livre convencimento do juiz, o interesse pela investigação processual preponderava sobre os demais interesses⁸⁷.

Lentamente, a consciência pelos valores fundamentais foram se

⁸⁶ SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996, pág. 58.

⁸⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. cit.*, pág. 45.

incorporando à doutrina e jurisprudência alienígenas⁸⁸. GRINOVER⁸⁹ atesta que “a dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor do possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”.

Na feliz observação de COSTA ANDRADE⁹⁰:

“É conhecido o longo e doloroso processo de gênese (*sic*) e afirmação desta “cultura” do processo penal. Que no essencial, se confunde com o desenvolvimento histórico da superação dos modelos inquisitórios e triunfo dos princípios basilares do processo de estrutura acusatória. E que acaba por se consumar ao mesmo tempo em que fazia a sua entrada na história o moderno Estado de Direito, trazendo consigo uma nova ordenação constitucional assente nos – e orientada para os – *direitos fundamentais, maxime a intangível dignidade da pessoa humana e a liberdade fundamental de ação*” (*sic*).

Mas foi a jurisprudência estadunidense quem primou pela inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (*exclusionary rules*). No julgamento em 1914, relata GOMES FILHO⁹¹, na decisão do caso Weeks, as Suprema Corte americana considerou “ *prejudicial error* a admissão, por uma corte federal, de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado, com violação da IV emenda”.

A Suprema Corte norte-americana observou que as sanções civis, penais e administrativas não eram freio suficientes para compelir a polícia a agir dentro da legalidade, pois geralmente a atuação policial é direcionada contra a classe menos favorecida e esta não tem como arcar com as despesas de um processo visando o

⁸⁸ Sobre a evolução histórica da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos vide AVOLIO, *idem*, cap. 3.

⁸⁹ GRINOVER, *o processo em ...*, pág.46.

⁹⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, pág. 118.

⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Proibição da provas ilícitas na Constituição de 1988*. In: Os 10 anos da Constituição Federal. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 255.

ressarcimento do danos causados pelos agentes policiais. Também porque os policiais causadores do dano não eram punidos disciplinarmente pelos próprios organismos policiais.⁹²

De outro lado, e por via oposta, o direito alemão também construiu um sistema de prova ilícita (*Beweisverbote*) baseado no modelo europeu-continental, o qual visou construir antecipadamente um sistema do direito das proibições de prova de forma completa e acabada, pronto para dirimir quaisquer dúvidas relativamente à admissão ou não das provas no processo penal.⁹³

Maior interesse, neste ponto, finca-se no direito alemão pela criação da teoria da proporcionalidade, resultando na mitigação da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos⁹⁴.

No Brasil, antes do advento da atual Constituição, a doutrina se posicionava em duas correntes: uma defendendo a inadmissibilidade das provas ilícitas e outra defendendo a admissibilidade, tendo esta preponderado, especialmente aplicável ao campo do direito de família⁹⁵.

No dizer de NELSON NERY⁹⁶: “ Mesmo na vigência da Constituição anterior, a doutrina e jurisprudência já consideram inadmissível a produção, em juízo, de prova obtida ilicitamente. Entendia-se, àquela altura, que essa prova não era ‘legal

⁹² GOMES FILHO, *idem, ibidem*.

⁹³ COSTA ANDRADE, *op. cit.* pág. 135-136.

⁹⁴ Segundo afirma NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita – novas tendências do Direito**. In Os 10 anos da Constituição Federal. Coord. MORAES, Alexandre de. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 233: “ A moderna doutrina alemã do direito processual civil tem-se pronunciado no sentido de que não mais vige, em toda a sua inteireza, o *princípio da busca da verdade real*, de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais”. Todavia, “fala-se do *princípio da proporcionalidade* no procedimento probatório, de sorte a abrandar o princípio da proibição da prova obtida ilicitamente”.

⁹⁵ AVOLIO, *op. cit.*, pág. 78.

⁹⁶ NERY JUNIOR, **Proibição da...**, *op. cit.* pág. 236.

ou moralmente legítima' (art. 332 do CPC)". Defendiam, portanto, que a inadmissibilidade devia ficar adstrita ao campo da moralidade, sob critério do juiz da causa.

Mesmo ao tempo da Constituição anterior o Supremo Tribunal Federal já se manifestara contrariamente às provas obtidas por meios ilícitos. Aponta GRINOVER⁹⁷ três decisões do STF proibindo as interceptações telefônicas:

"A primeira decisão é de 11 de novembro de 1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Seguiu-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28 de junho de 1984, também em caso da captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando-se o desentranhamento, do autos, da gravação respectiva (RTJ 110/798). Finalmente, e agora para o processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18 de dezembro de 1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas, por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47)".

A atual Constituição Federal inovou sobremaneira o princípio da proibição da provas ilícitas alçando-o a nível constitucional, dentro dos direitos fundamentais e, portanto, protegido por cláusula pétrea, imodificável por lei infraconstitucional ou por decisão judicial⁹⁸.

Consignou o princípio da proibição das provas obtidas por meio ilícito no inciso LVI do artigo 5º da Constituição:

"são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Com base neste dispositivo o Supremo Tribunal Federal prolatou a seguinte

⁹⁷ GRINOVER, o processo em..., pág. 50.

⁹⁸ BASTOS, Celso. *Cf. n. 5*, pág. 273, discorrendo sobre o tema entende que a Constituição devia ter deixado à legislação ordinária e à jurisprudência a possibilidade de, em determinados casos, aceitar-se a prova ilícita. Todavia, entende o conceituado constitucionalista que, em determinadas situações é impositivo a aceitação da provas ilícitas, quais sejam: "a primeira delas é a de que a prova a ser feita valer seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquela cuja violação se deu. Em segundo lugar é necessário que a produção desta prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado... E finalmente a prova deve ser acolhida quando aquele que a exhibe não teve nenhuma participação, quer direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou".

decisão⁹⁹:

“É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *jurisprudência criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

3.2.1 Conceito de Prova Ilícita

Mas, o que se deve entender por prova ilícita, constante no artigo 5º, inciso LVI da vigente Magna Carta?

A doutrina inclui a prova ilícita dentro das provas vedadas. Estas podem ser estabelecidas por normas de cunho processual e por normas de direito material.

No magistério de GRINOVER¹⁰⁰ quando as proibições forem impostas por normas processuais, estar-se-á diante de prova ilegítima; já quando forem estatuídas por normas de direito material, estar-se-á diante do que se denomina “prova ilícita”.

Assim define a autora supramencionada¹⁰¹ que por “prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a fonte de prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”.

⁹⁹ DJU, 13/10/1995, Ação Penal 307-3/DF, rel. Min. Ilmar Galvão.

¹⁰⁰ GRINOVER, *o processo em...*, op. cit., pág. 48.

¹⁰¹ GRINOVER, *idem, ibidem*.

Com efeito, é o que assevera MARIANO DA SILVA¹⁰²:

“Assim, por exemplo, a interceptação telefônica é prova processualmente legítima; porém, se obtida com inobservância da Lei n.º 9.296/96, não poderá ser utilizada, como regra, em um processo penal, por ser obtida através de meio ilícito. Por outro lado, nunca poderá haver a realização da reconstituição de um crime de estupro, que, em tese, seria outro crime contra os costumes, sendo tal prova materialmente ilícita, por violar norma de direito penal, além de imoral, por atentar contra a intimidade da pessoa. Desta forma, sempre que houver violação de normas de direito constitucional ou penal a prova será ilícita”.

Como se vê, num Estado Democrático de Direito, alicerçado por princípios de ordem axiológica, a verdade no processo não deve ser investigada a todo o preço. Certo é que o Estado possui interesse em ver a ordem pública restabelecida pela prática de uma infração penal. Porém, há limites na prossecução da verdade em processo penal.

3.2.2 O Princípio da Proporcionalidade

Como resolver o problema decorrente do conflito entre dois ou mais valores fundamentais em um processo, ou melhor, como resolver no processo penal a incompatibilidade entre o direito à intimidade e privacidade e outros valores também fundamentais e, portanto, em igualdade jurídico-axiológica?

Foi a jurisprudência alemã quem detidamente cuidou de dar respostas à essa intrigada questão, formulando em decorrência o *princípio da ponderação de interesses*.

A esse respeito, assinala COSTA ANDRADE¹⁰³:

“De acordo com o entendimento praticamente pacífico dos tribunais superiores, e à luz do *princípio da ponderação de interesses*, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há-de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade”.

¹⁰² MARIANO DA SILVA, César Dario, *op. cit.*, pág. 23-24.

¹⁰³ COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pág. 28.

Mais adiante, assevera o professor da Universidade de Coimbra¹⁰⁴ que “as decisões sobre os *casos do diário* levaram o Tribunal Federal a pronunciar-se abertamente por um princípio geral de ponderação que erige a realização efetiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar seu sacrifício”.

Assim, a jurisprudência alemã sopesando os interesses em jogo no processo penal, acabou por admitir que em determinadas situações pode-se sacrificar os direitos individuais em prol da realização da Justiça Penal, a qual também possui a relevância de valor absoluto num Estado de Direito.

Neste diapasão se pronunciou a corte suprema em 31.1.1973¹⁰⁵, *in verbis*:

“Em geral, não subsistem obstáculos jurídico-constitucionais a que, nos casos de criminalidade grave – contra a integridade física e a vida, contra os fundamentos existenciais de uma ordenação comunitária livre e democrática ou contra outros bens jurídicos de idêntica dignidade – as autoridades processuais recorram, para identificar os verdadeiros criminosos e inocentar as pessoas infundadamente acusadas, a gravações feitas às ocultas”.

A doutrina nacional¹⁰⁶ entende que a Constituição de 1988 agasalhou o princípio da proporcionalidade ao prescrever no inciso XII do artigo 5º a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual, demonstrando, assim, forte apego à repressão da criminalidade grave em detrimento dos direitos de personalidade, dentre os quais avultam-se a intimidade e a privacidade da pessoa humana.

Quando se fala no princípio da proporcionalidade quer-se dizer que há implícito um paradoxo entre dois valores tutelados em sede constitucional: os direitos e garantias fundamentais e a efetivação do direito fundamental à proteção estatal.

Como não é possível que haja contradição entre regras constitucionais, deve-

¹⁰⁴ COSTA ANDRADE, *idem*, pág. 29.

¹⁰⁵ COSTA ANDRADE, *idem*, pág.31.

¹⁰⁶ Nesse sentido v. NERY JUNIOR, *proibição da...*, pág. 262.

se empreender um processo de eliminação de uma delas de modo que implique a harmonização de todo o sistema. Agora, havendo contradição valorativa entre regras no momento da aplicação ao caso concreto, não é necessário a eliminação de uma delas, pois o choque consiste nos valores resguardados, que podem coexistir desde que harmonizados¹⁰⁷.

ALEXANDRE DE MORAES¹⁰⁸ proficuamente alega que:

“Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de locomoção, por exemplo, de permitir-se sua utilização”.

Não se pode falar no princípio da proporcionalidade para admitir-se ou embasar condenação do réu. A Polícia detém instrumento suficiente para agir dentro dos parâmetros legais, de modo que a aplicação *in pejus* tornaria o inciso LVI do artigo 5º letra morta.

Já quando se está diante de prova ilícita que indique inocência do réu a jurisprudência admite a sua utilização. É a aplicação do *princípio da proporcionalidade pro reo*, tendo por base as causas excludentes da ilicitude (legítima defesa) e o princípio da inocência¹⁰⁹.

Como pondera GRINOVER¹¹⁰ a aplicação da prova ilícita *pro reo* “não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade, a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal,

¹⁰⁷ É o que preconiza RAUBER, Marcos Eduardo. **A valoração de provas ilícitas no processo penal com base na aplicação do princípio da proporcionalidade**. In: Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 16, jun./dez.2001, pág. 159.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, pág. 262.

¹⁰⁹ MORAES, *idem*, *ibidem*.

¹¹⁰ GRINOVER, **o processo em...** *op. cit.*, pág. 49.

da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”. E acrescenta a autora que se a prova é colhida pelo próprio acusado, “tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade”.

Nesse sentido, posicionaram-se as “Mesas de Processo Penal”, cujo objetivo é discutir as matérias de maior relevância do Direito Processual Penal e fornecer soluções e orientações, do departamento de direito processual da Faculdade de Direito da USP, nas seguintes súmulas:

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

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

Súmula n.º 50: Podem ser utilizadas no processo penal a provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.

3.2.3 Prova Ilícita por Derivação

Prova ilícita por derivação é aquela obtida por meios materiais e processuais válidos mas que foram angariadas a partir de uma prova ilicitamente obtida¹¹¹.

Exemplo de prova ilícita por derivação, pode-se mencionar a descoberta pela Polícia, feita a partir de uma gravação clandestina, de carregamento de entorpecentes. Este somente foi obtido graças à escuta ilegal sem autorização judicial. Ou o caso de uma confissão extraída por intermédio de tortura.

Diante da complexidade da questão, a Suprema Corte norte-americana formulou a teoria do *fruit of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada - os vícios da planta se transmitem a todos os seus frutos), segundo a qual “a regra de

¹¹¹ MARIANO DA SILVA, César Dario. *Op. cit.*, pág. !.

exclusão é aplicável a toda a prova maculada por uma investigação inconstitucional”.¹¹²

A preocupação da jurisprudência norte-americana ao instituir a *fruit of the poisonous tree doctrine* foi impor limites aos órgãos de persecução penal, maculando todas as provas obtidas mediante a prova primária revestida de ilicitude e, assim, infringindo a IV emenda.

A jurisprudência estadunidense admitiu exceções a esse princípio, através da chamada *doctrine of attenuation* e da doutrina da *independent source*, admitindo-se, por conseguinte, a valoração de provas secundárias quando as mesmas puderem ou poderiam ter sido colhidas por via autônoma e legal, mas não o foram.¹¹³

No Brasil, doutrina e jurisprudência divergem relativamente à admissão ou não da prova ilícita por derivação. O STF em julgamento envolvendo ex-Presidente, decidiu pela inaplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada. Com a aposentadoria do Ministro Paulo Brassard e o ingresso do Ministro Maurício Corrêa para ocupar seu lugar, houve uma mudança de posicionamento daquela corte, hoje admitindo-se a aplicação da teoria dos *fruits of the poisonous tree*¹¹⁴.

Defendendo posição mais moderada, AVOLIO¹¹⁵ alega que:

“Mas se nos afigura primordial, como pareceu a Trocker, perquirir a *ratio* das normas violadas pelo comportamento contrário à Constituição. Desta forma, efetuando o mesmo raciocínio utilizado pelo autor peninsular, se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo”.

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição da...**, pág. 264.

¹¹³ COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pág. 171-172.

¹¹⁴ Vide a respeito MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, pág. 266 que descreve o julgamento envolvendo o ex-Presidente e delinea todo o trajeto de mudança de posição do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁵ AVOLIO, *op. cit.*, pág. 78.

GOMES FILHO¹¹⁶, neste sentido dispõe:

“Apesar da evidente dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme de tais situações, dadas as particularidades de cada caso concreto, pensamos ser impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em análise; de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz; nessa matéria importa ressaltar o elemento *profilático*, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal”.

Alguns autores¹¹⁷, porém, apregoam a aplicabilidade da teoria da proporcionalidade para a resolução do problema envolvendo a prova ilícita por derivação. Admitem que ao juiz fica reservada a tarefa de sopesar ou balancear os valores em discussão no processo penal, a fim de verificar-se qual o interesse prevalente e, assim, harmonizar o processo com os princípios de um Estado Democrático de Direito.

¹¹⁶ GOMES FILHO, *Direito à prova...*, pág. 110.

¹¹⁷ V. MARIANO DA SILVA, *op. cit.*, pág. 37

CONCLUSÃO

1. Foi longa a construção teórica do princípio do devido processo legal, tendo sido criado pela Magna Carta Inglesa de 1215, passando para o Direito Americano que lá, alcançou grande aceitação e aplicação.

2. Somente a atual Constituição Federal, promulgada sob a égide dos ideais democráticos, concebeu expressamente o princípio do devido processo legal. Todavia, ainda não se fez sentir com toda a amplitude que o seu conceito expressa pelos Tribunais pátrios que, ainda inspirados pela ideologia repressiva, relutam em dar-lhe aplicação incisiva.

3. O postulado do devido processo legal apresenta duas áreas de abrangência: o princípio do *substantive due process*, cujo alcance abrange todos os campos do direito; e o *procedural due process*, de aplicação no âmbito do processo penal, dotando-o de garantias individuais ao acusado.

4. Neste contexto, instituído pelo atual texto constitucional, o devido processo legal e seus corolários possuem aplicação também na fase preliminar ou preparatória da ação penal. O inquérito policial já se encontra sujeito ao devido processo legal e aos direitos humanos, de modo que a aplicação por parte do policial da legalidade estrita já é uma forma de respeito aos direitos humanos.

5. Como corolário do devido processo legal, encontra-se a tutela das liberdades públicas, erigindo a privacidade e intimidade como expressões do direito de personalidade, tutelados contra a ingerência de terceiros e, principalmente, do Poder Público.

6. Do mesmo modo, tutela-se a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas. Entretanto, o próprio texto constitucional permitiu que se intercepte as comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal e desde que mediante autorização judicial.

7. As interceptações das comunicações telefônicas são um poderoso auxílio à autoridade policial para a investigação criminal, principalmente para o combate da

macrocriminalidade.

8. Outrossim, a Lei n.º 9.296/96 estabeleceu os requisitos para a concessão das interceptações telefônicas: quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; quando não houver outros meios disponíveis para a coleta de provas e quando o fato investigado for punido com pena de reclusão.

9. O entendimento majoritário considera que interceptação das comunicações telefônicas é aquela realizada por um terceiro sem o consentimento dos interlocutores da comunicação, incorrendo aquele que o fizer em crime tipificado no artigo 10 da Lei n.º 9.296/96. Já a gravação ou escuta de comunicação perpetrada por um dos interlocutores ou por um terceiro mas com a aquiescência de um dos interlocutores, não fica abrangida pela lei n.º 9.296/96, podendo ser utilizada para compor prova no processo penal, desde que haja justa causa, segundo o entendimento no caso concreto pelo Juiz.

10. O atual quadro da criminalidade, com a presença de organizações criminosas, está a reclamar uma atitude mais ativa e eficiente por parte da polícia. Assim sendo, a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, torna-se poderoso meio de combate dos crimes da era moderna.

11. O artigo 6º da Lei n.º 9.296/96 determinou à autoridade policial o procedimento de interceptação das comunicações telefônicas, exigindo-se para esse mister, de autorização judicial. O juiz assume o papel de garantidor da correta execução das interceptações telefônicas (jurisdicionalização de incidentes na investigação).

12. Tendo em vista que as interceptações telefônicas são destinadas para a coleta de prova no processo penal, a fim de que o órgão do Ministério Público possa embasar a denúncia, formando assim, sua *opinio delicti*, é mister que a autoridade policial proceda conforme as exigências legais, sob pena de nulidade da prova colhida por meios ilícitos.

13. O princípio da proibição da provas obtidas por meio ilícito foi erigida a nível constitucional no inciso LVI do artigo 5º cujo conteúdo estabelece a

inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

14. Entende-se por prova ilícita aquela colhida infringindo-se normas ou princípios de direito material, principalmente as que versam sobre as liberdades públicas e os direitos de personalidade, como é o caso do direito à privacidade e intimidade.

15. Havendo no processo penal o conflito entre dois valores em igualdade jurídico-axiológica, a jurisprudência alemã criou para dirimi-lo o princípio da proporcionalidade. Em determinadas situações pode-se sacrificar os direitos individuais em prol da realização da Justiça Penal, a qual possui a relevância de valor absoluto num Estado de Direito.

16. Não se pode, todavia, falar no princípio da proporcionalidade para admitir prova que implique condenação do réu. A polícia detém os instrumentos para agir conforme a legalidade, não se admitindo, portanto, aplicação *in pejus*, do princípio da proporcionalidade.

17. Ao contrário, a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo* é admitida pela jurisprudência pátria, tendo por base as causas excludentes da ilicitude como a legítima defesa e o estado de necessidade.

18. Sofrem de ilicitude as provas que forem coletadas a partir de uma prova ilícita. É a prova ilícita por derivação. O entendimento do Supremo Tribunal Federal atualmente considera que a prova colhida a partir de uma prova ilícita é inadmissível no processo penal (*fruits of the poisonous tree*). Todavia, parte da doutrina defende uma posição mais moderada, admitindo-se com base no princípio da proporcionalidade, verificável no caso concreto pelo magistrado, a admissibilidade, no processo penal, da prova ilícita por derivação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BACILA, Carlos Roberto. **Diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade**. Curitiba, 2000. Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1988-1989.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, A. C. Araújo; GRINOVER, A. Pellegrini; DINAMARCO, C. Rangel. **Teoria geral do processo**. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A lei de interceptação telefônica**, in *Justiça Penal*, n.º 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

GELLNER, Ernest. **Antropologia e Política**. Trad. de FUNGMONN, Ruy. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988**. In: Os 10 anos da Constituição Federal. Coord. MORAES, Alexandre de. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. In: *Revista Brasileira de Direito Criminal*, vol. 17, 1997.

LIMONGI, Celso Luiz. **O devido processo legal substantivo e o direito penal.** In: Revista da Escola da Magistratura, vol. 2., n.º 1, jan./jun., 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial:** atualizado até abril de 1999. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 4. ed., rev., aum. e atual. com a Lei das interceptações telefônicas 9.296/96 e a Lei de arbitragem 9.307/96. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1997.

_____. **Proibição da prova ilícita – novas tendências do Direito.** In: Os 10 anos da Constituição Federal. Coord. MORAES, Alexandre de. São Paulo: Atlas, 1999.

NOVAES, Elizabeth C. O. Futami de. **A tutela constitucional sobre a vida privada e a honra.** In: Revista Jurídica da Universidade de Franca, n. 1, nov., 1998.

PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à Lei 9.296/96.** São Paulo: Editora de Direito, 1996.

PEREIRA JUNIOR, Álvaro. **Lei reforça vigilância na internet.** Folha de São Paulo, Folha Mundo, 07 de outubro de 2001.

RAUBER, Marcos Eduardo. **A valoração de provas ilícitas no processo penal com base na aplicação do princípio da proporcionalidade.** In: Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 16, jun./dez., 2001.

SILVA, Edimar Carmo da. **Ministério Público e a titularidade privativa do *Jus Postulandi* para a Ação Penal Pública e Procedimentos Incidentes.** In: Boletim IBCCRIM, n.º 117, agosto de 2002.

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária.** 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (*Due process of law*).** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição – cidadania – violência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** Trad. de MARTINS, Alexandra; MROZ, Daniela. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1993.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de TELLES, André. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.