

# **As Provas Obtidas com Violação da Intimidade e sua Utilização no Processo Penal**

---

**Paulo Ivan da Silva Santos**

Analista Processual da Procuradoria da República no Piauí e Advogado.

## **1 - DELIMITAÇÃO DO TEMA**

No direito brasileiro, a proteção da intimidade, antes restrita basicamente à garantia de inviolabilidade de domicílio e de correspondência, precisou ser modificada, para acompanhar o desenvolvimento tecnológico e propiciar efetiva proteção à intimidade.

De fato, se antes a simples garantia de inviolabilidade do domicílio e da correspondência era suficiente para assegurar a preservação deste direito fundamental, agora os muros das casas por mais altos que sejam se mostram ineficazes na proteção à vida privada. Isso ocorre devido o desenvolvimento tecnológico, que propiciou o surgimento de câmaras fotográficas com teleobjetivas, microcâmaras, gravadores minúsculos, aparelhos de interceptação telefônica e uma infinidade de engenhos colocados à disposição de todo tipo de bisbilhoteiro.

Em virtude disso, para proteger a intimidade, a legislação teve de evoluir, para englobar novas formas de proteção à intimidade, procurando assim assegurar efetivamente o direito à inviolabilidade da intimidade, direito esse que é bem mais amplo do que em tempos idos, de tal modo que se torna conveniente delimitar com precisão o objeto desta monografia, que se restringirá basicamente aos reflexos da prova penal obtida com violação dos direitos assegurados nos incisos X e XII do art. 5º da CF e a sua validade em confronto com a norma do art. 5º, LVI, da CF.

Logo, embora a intimidade compreenda a inviolabilidade do domicílio, do segredo profissional e da correspondência, ficaremos restritos apenas à prova obtida com violação deste último tipo de intimidade, dando especial enfoque à violação das comunicações telefônicas e a possibilidade de sua utilização no processo, sem que ocorra violação ao preceito expresso no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que, como todo e qualquer direito, não pode ser tomado como absoluto.

## **2 - DISTINÇÃO ENTRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ESCUTA TELEFÔNICA, GRAVAÇÃO TELEFÔNICA E INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL, ESCUTA AMBIENTAL E GRAVAÇÃO AMBIENTAL**

Possui relevância jurídica a distinção entre cada um desses tipos de captação de conversa por telefone ou entre presentes, por isso é importante estremar cada um deles.

Ocorre interceptação telefônica estrito senso quando a violação ao sigilo da comunicação é realizada por terceiro, sem o conhecimento de qualquer dos comunicadores; ao passo que ocorrerá escuta telefônica se a violação for efetuada por

terceiro, mas com o conhecimento de um dos comunicadores; por sua vez, a gravação telefônica é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Assim, nos dois primeiros tipos de violação há três protagonistas; enquanto no último existem apenas dois<sup>1</sup>.

Por outro lado, interceptação, escuta e gravação ambiental têm praticamente os mesmos conceitos já expostos, com a peculiaridade de se referirem a conversa não telefônica (conversa pessoal). Desse modo, interceptação ambiental é a realizada por terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores; escuta ambiental realiza-se quando a captação da conversa não telefônica é feita por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e, por último, a gravação ambiental ocorre quando a captação da conversa telefônica é efetuada por um dos comunicadores.

Como já se disse, essas distinções não são despiciendas, porque o tratamento jurídico muda conforme o tipo de violação. A distinção é importantíssima, porque o art. 10 da Lei 9.296/96 tipifica como crime a interceptação telefônica sem autorização judicial. O termo "interceptação telefônica" é parte integrante de um tipo penal, devendo o seu conceito ser fixado para se dar correta aplicação ao crime referido, de modo que a compreensão mais alargada ou mais estreita daquela expressão necessariamente implicará proporcional alargamento ou estreitamento do tipo penal.

Mais um motivo existe para tornar relevante a distinção. Segundo boa parte da doutrina, o art. 5º, XII, da Constituição assim como a Lei 9.296/96, que o regulamenta, só se referem às interceptações em sentido estrito e escutas telefônicas (interceptação em sentido amplo)<sup>2</sup>, ou seja, só se referem à captação telefônica em que intervém um terceiro, exigindo no mínimo a presença de três pessoas. Se a captação é feita por um dos interlocutores, não há interceptação e, portanto, não está em causa a proteção do art. 5º, XII.

Segundo essa posição doutrinária, estão fora de suas abrangências (da Lei citada e do dispositivo constitucional mencionado) as gravações telefônicas e as interceptações, escutas e gravações ambientais, que estão protegidas pelo dispositivo que genericamente garante a privacidade: o art. 5º, X, da Constituição Federal<sup>3</sup>.

O fato de a intimidade ser protegida pelo inciso X ou XII do art. 5º da Constituição é relevante, na medida que insignes autores brasileiros, tendo em mira a ressalva da parte final do inciso XII, dão a este dispositivo uma interpretação literal a contrario sensu, admitindo a interceptação apenas das comunicações telefônicas e apenas nos casos previstos na Lei 9.296/96, enxergando o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados como direito absoluto, inviolável e insuscetível de interceptação, sendo, por via de consequência, ilícita toda e qualquer prova obtida com violação do sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas e de dados (art. 5º, LVI). Assim, mesmo a interceptação telefônica somente será válida nos casos previstos e segundo as prescrições da Lei 9.296/96.

Quando em pauta está o direito previsto no inciso X do art. 5º da Constituição, não é observada na mesma medida a posição peremptória e intransigente de rejeição de toda e qualquer prova obtida com violação do direito à intimidade. Admitindo-se, neste caso, mais facilmente a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo a aproveitar, no processo, provas ilícitas<sup>4</sup>.

O Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>, o Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup> e outros tribunais<sup>7</sup> têm seguido a posição de Vicente Greco Filho, segundo a qual o art. 5º, XII, da Constituição somente disciplina a interceptação estrito senso, estando a escuta e a gravação telefônica no âmbito da proteção conferida pelo art. 5º, X, da Constituição.

Adotando esta última posição, temos de concluir que o art. 5º, XII, da CF e a Lei 9.296/96 disciplinam apenas a interceptação telefônica estrito senso, ao passo que o art. 5º, X, da CF rege a escuta e a gravação telefônica, assim como a interceptação, escuta e gravação ambiental.

Mesmo estabelecendo regime jurídico diverso conforme a classificação do tipo de captação, os tribunais lamentavelmente têm, com frequência, confundido gravação com escuta. Tal confusão só não tem maiores conseqüências por que essas modalidades de captação têm recebido o mesmo tratamento jurídico. Lamentavelmente, também tem o egrégio STF reduzido ao mesmo conceito e, em conseqüência, ao mesmo tratamento jurídico a escuta e a gravação telefônica, assim como a escuta e a gravação ambiental<sup>8</sup>.

### **3 - DIREITO À INTIMIDADE**

Certamente, a interceptação, a escuta e a gravação atingem o direito à intimidade, mas a violação delas resultante certamente não se dá por igual, não ocorrendo no mesmo momento.

Consoante a lição de nosso maior estudioso do assunto, Paulo José da Costa Júnior, "na expressão 'direito à intimidade' são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. (...) No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada."<sup>9</sup>

Desse modo, esse direito é protegido em dois momentos. No momento antecedente, a proteção consiste numa reação à interferência ilícita na intimidade, procurando evitar que ela seja devassada (através de "grampos telefônicos", p. ex.) No momento posterior, a reação vira-se contra a divulgação indevida da intimidade alcançada legitimamente. No primeiro momento, a proteção dirige-se a terceiros; no segundo, dirige-se ao destinatário do fato íntimo.

Quando a violação à intimidade se dá apenas no segundo momento, ou seja, quando se divulga um fato íntimo que se alcançou legitimamente (por exemplo, no caso do destinatário de uma carta contendo segredo) a repulsa do ordenamento jurídico é menos severa do que quando a violação ocorre no primeiro momento. Tanto é assim que, naquela violação, a lei costuma excluir a ilicitude da conduta quando há "justa causa" para divulgação do fato íntimo (CP, art. 153).

Como exemplo de "justa causa", a doutrina<sup>10</sup> costuma arrolar a comunicação ao Judiciário de crime de ação pública. Com base nesse ensinamento doutrinário, poder-se-ia (mas não se pode, tendo em vista a posição do STF adiante exposta) afirmar que é prova válida a gravação, por um interlocutor, de conversa pessoal ou telefônica na qual o outro confessa a prática de crime. De tal modo que essa gravação poderia ser utilizada

em juízo para incriminar o autor do delito.

Por envolver a captação por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, a interceptação choca-se com o primeiro momento do direito à intimidade. Por outro lado, a escuta (captação que se dá com a autorização de um dos interlocutores) e a gravação (captação por um dos interlocutores) atingem o direito à intimidade no momento subsequente.

Isso explica por que a interceptação só pode ocorrer com autorização judicial, que não é necessária, caso exista justa causa, para a escuta e gravação telefônica. E também por que a simples interceptação (mesmo sem divulgação do conteúdo captado) é crime, se for realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei 9.296/96). Ao passo que, se não houver divulgação do conteúdo ou havendo justa causa para a divulgação, a escuta e a gravação não são crimes, prescindindo de autorização judicial (art. 151, § 1º, II, do CP).

Essa distinção, não admitindo a interceptação e aceitando a gravação, é corrente na Suprema Corte Americana, que no caso Lopez, de 1963, reiterando o que já havia decidido no caso On Lee v. United States, admitiu como prova válida conversa gravada, com um microfone oculto, por um policial. Na ocasião, decidiu-se que o confidente assumiu o risco de aquilo que dizia vir a ser repetido ou testemunhado em juízo.

Comentando essas decisões, Renato Maciel de Sá Jr.<sup>11</sup> afirma: "Diferenciou-se, então, a captação pessoal direta (o microfone, nesse processo, estava disfarçado em botão na lapela do paletó do policial) da captação (interceptação) feita por terceiros, esta tida, segundo aquela Corte Suprema, como a 'ameaça mais profunda e insidiosa, nos dias que correm, à privacidade pessoal e social'".

Diversa é a posição no Brasil, onde a questão está longe de ser pacífica, havendo divisão na doutrina e na jurisprudência. A respeito do uso da gravação clandestina, Vicente Greco Filho ensina que o sigilo existe em face de terceiros e não dos interlocutores, que podem divulgar a conversa desde que haja justa causa, podendo, neste caso, tal gravação servir como prova, em processo, tanto para a acusação quanto para a defesa. Discorrendo sobre a Lei 9.296/96, afirma o insigne mestre:

"A gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (...) 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 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 a divulgação. 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 divulgação.  
"....."

"A problemática da gravação unilateralmente realizada se insere no mesmo contexto da fotografia ou videogravação oculta, da escuta a distância etc. e não tem a ver com interceptação telefônica.

"(...). Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora

do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal)."<sup>12</sup>

Outra é a opinião da preclara Ada Pellegrini Grinover que só admite esse tipo prova (gravação clandestina) se for utilizada pela defesa, considerando-a ilícita quando utilizada pela acusação. Com a costumeira proficiência, ensina:

"A gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade: qual seja, a violação de segredo.

"No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade.

"Parece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão."<sup>13</sup>

Essa divisão, quanto à possibilidade de uso da gravação clandestina pela acusação, também ocorre no STF. Por maioria, o Tribunal não tem admitido, como prova válida, no processo a gravação oculta de conversa.

Na Ação Penal nº 307-DF<sup>14</sup>, com maioria de 5 a 3, o STF considerou inadmissível a gravação, feita pelo ex-Deputado Sebastião Curió, de duas conversas telefônicas de que tomou parte, tendo como interlocutores o Senador Bernardo Cabral e Paulo César Farias.

Nessa decisão, votaram pela ilicitude da gravação os Ministros Ilmar Galvão, Moreira Alves, Celso de Mello, Sydney Sanches e Octavio Gallotti; por outro lado, votaram pela licitude os Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

De maneira perfunctória, essa questão já havia sido tratada em decisão anterior, no Inquérito nº 657-DF<sup>15</sup>, onde o Supremo Tribunal Federal recebeu a denúncia na qual havia como prova gravação oculta de conversa pessoal entre servidor do Ministério do Trabalho e Previdência Social, que gravou a conversa, e o então titular da Pasta, Min. Rogério Magri. Nesta decisão, apenas quatro ministros pronunciaram-se sobre a prova, os outros limitaram-se a receber a denúncia, deixando apreciação da prova para depois. Dos que votaram sobre a licitude da prova, dois votaram pela legalidade (Carlos Velloso e Francisco Rezek) e os outros dois (Marco Aurélio e Celso de Mello) pela ilegalidade da prova.

Acertadamente, segundo pensamos, o Relator do inquérito 657-DF, Min. Carlos Velloso, afirmou: "Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no

âmbito do direito."<sup>16</sup>

Por considerarmos justa causa a comunicação ao Judiciário de crime de ação pública, consideramos que a posição expressa, no inquérito 657-DF, pelos Ministros Carlos Velloso e Francisco Rezek é a melhor, a mais consentânea com o interesse público de combate à criminalidade; ao passo que a outra posição (que considera tal prova admissível apenas para a defesa) parece-nos menos recomendável, por ser marcada por um cunho nitidamente individualista. Mas ainda assim temos de nos curvar a posição prevalente no egrégio Supremo Tribunal Federal, tornando necessário reconhecer que no sistema jurídico brasileiro prevalece (pelos menos por enquanto) a posição que vê como ilícita a prova resultante de gravação oculta de conversa, de modo que não se pode usar tal prova para instruir processo penal (cf. art. 5º, LVI, da CF) contra o interlocutor que simplesmente confessa a prática de um crime.

Desse modo, para o Supremo Tribunal Federal, a comunicação ao Judiciário de crime de ação pública não constitui justa causa para a gravação clandestina. Embora assim se tenha manifestado, o egrégio Tribunal não abraçou a doutrina acima citada da ilustre Ada Pellegrini, segundo a qual a gravação clandestina só pode ser usada para a defesa e nunca para a acusação.

Não é essa a posição do Tribunal, que tem admitido a validade tanto de escuta quanto de gravação de conversa telefônica ou pessoal, desde que haja uma excludente de ilicitude (legítima defesa, p. ex.) Em tais casos, o STF tem considerado lícita a prova resultante da gravação e, portanto, tem afastado a regra do art. 5º, LVI, da Constituição, admitindo o uso de tal prova pela acusação. Nesse sentido, em caso de escuta telefônica, o Tribunal decidiu no HC 74.678-SP<sup>17</sup>, relatado pelo Min. Moreira Alves, em acórdão assim ementado:

"Habeas corpus'. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.

"- Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

"Habeas corpus indeferido."

Essa decisão foi corroborada por várias outras, em casos de gravação telefônica<sup>18</sup>: HC 75.338-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, RTJ 167/206 e RT 759/507, e Agravo de Instrumento 232.123 (AgRg)-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 168/1022. Em casos de escuta telefônica: HC 75.261-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 163/759. E também em casos de escuta ambiental: RE 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, Informativo do STF nº 104.

São ilícitas, portanto, as gravações e escutas telefônicas ou ambientais, com puro intuito de documentação e sem a presença de excludente de antijuridicidade; por outro lado, são lícitas as gravações e escutas se houver excludente de ilicitude.

Seguindo a lição de Paulo José da Costa Júnior<sup>19</sup>, deve-se notar que a esfera privada do homem não é homogênea, dividindo-se em esferas progressivamente menores à medida que se torna mais restrita a intimidade, na proporção em que dela participem um número cada vez menor de pessoas. Observando essa seqüência, temos: a) esfera da vida privada estrito senso; b) a esfera da intimidade; c) a esfera do segredo. Embora essa divisão pudesse ser reduzida as duas últimas esferas, mas vamos preferi-la como foi listada.

Na esfera privada estrito senso, encontram-se os fatos que o indivíduo não quer que sejam de domínio público e cujo conhecimento é restrito a determinado grupo de pessoas, no qual se deposita alguma confiança. Fora dessa esfera, encontram-se os acontecimentos públicos, sobre os quais a pessoa não faz segredo algum, permitindo que eles sejam de conhecimento da coletividade em geral, o que os exclui da tutela da intimidade.

Na esfera da intimidade, estão os episódios cujo conhecimento só é permitido àquelas pessoas em que o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Excluem dessa esfera não só a coletividade em geral mas também determinadas pessoas, que convivem com o titular do direito à intimidade num âmbito mais amplo.

Por fim, na esfera do segredo, localizam-se os fatos mais íntimos da vida da pessoa e sobre os quais ela quer manter maior segredo, de modo que deles somente compartilham uns poucos amigos, mais próximos, em quem se deposita muita confiança. Dessa esfera ficam excluídas até mesmo pessoas da intimidade do titular do direito à intimidade, por isso é nessa esfera que se faz necessária maior proteção legal contra a indiscrição.

Dessa exposição, pode-se notar que estão fora do âmbito da intimidade em qualquer de suas esferas - e, por conseguinte, da respectiva proteção legal - os acontecimentos públicos, transcorridos em lugares públicos. Assim, essa proteção constitucional só se coloca quando a conversa ocorre em local não público (não necessariamente privado) ou tem conotação privada.

Por isso independe da presença de excludente de antijuridicidade, podendo ser aceita, como prova, a gravação de diálogo transcorrido em local público, porque neste caso não está em pauta a proibição do art. 5º, XII, da CF<sup>20</sup>. Essa posição está consonante com o projeto de reforma do Código Penal, que exclui do crime de violação de intimidade (art. 154, § 2º) a divulgação de imagem ou som colhidos em local público.

Também é lícita, independentemente da existência de excludente de ilicitude, a gravação clandestina de conversa ocorrida em reunião que, embora não transcorra em local público, não tem nenhuma conotação secreta ou privada, não havendo por que se falar de violação de sigilo assegurado constitucionalmente.<sup>21</sup>

Excluídas as hipóteses de invasão da privacidade, também se deve notar que a intimidade está sempre relacionada com a confiança, de tal maneira que somente está em causa o direito à intimidade quando existe uma confiança, que é quebrada, pois ninguém confia segredos a estranhos. Segundo palavras do Ministro Sepúlveda Pertence

"não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na descrição do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada"<sup>22</sup> (grifo acrescentado).

Lícita, pois, independentemente da presença de excludente de ilicitude, a gravação de conversa pessoal entre os indiciados e autoridades policiais, sem o conhecimento daqueles. Em casos tais, poder-se-ia opor o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF), e não o direito à intimidade<sup>23</sup>. E o direito à intimidade não poderia ser posto em uma situação dessa, por não se poder enxergar quebra de confiança.

Mas, como se viu, não é toda e qualquer violação de sigilo que serve como prova no processo penal; assim, o direito à prova não pode ser tido como absoluto.

#### **4 - DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL**

Inquestionavelmente, a instrução probatória é o momento mais importante do processo, de modo que, para dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, torna-se indispensável assegurar às partes o direito de produzir provas, com a finalidade de demonstrar a procedência da acusação ou da defesa.

Em decorrência disso, negar às partes o direito de produzir provas, equivale a negar-lhes a proteção daqueles dois princípios, que nenhum significado teriam para o processo, se não pudessem ser aplicados no seu momento central.

No processo penal, a esse direito à prova soma-se o princípio da verdade real ou material, que impõe sempre que se procure conhecer o mais fielmente possível os fatos que motivaram a acusação, de forma que a atividade probatória não encontra limites na forma, não sendo admissível a verdade formal comum ao processo civil.

Juntos, o direito à prova e o princípio da verdade real tornam a atividade probatória, no processo penal, mais livre do que no processo civil e também menos sujeita a limitações, conforme a prescrição do art. 155 do CPP.

Mais essa maior liberdade não significa que, no processo penal, a prova é absolutamente livre, insuscetível de limite. Por outras palavras, a verdade real não justifica a produção de toda e qualquer prova, já que o processo só pode desenvolver-se dentro de regras morais e existe, antes de tudo, como instrumento de garantia do réu.

Nada obstante isso, no regime constitucional anterior, a ausência de regras claras sobre a aceitabilidade ou não de provas ilícitas no processo fez surgir várias teorias a respeito, com as quais se buscava, a partir das normas vigentes, reger a admissibilidade desse tipo de prova.

A Constituição assegurava o direito à intimidade, contudo calava-se sobre a prova obtida com a violação desse direito. Protegendo a intimidade, em dispositivo praticamente idêntico ao da Constituição de 1967 (art. 150, § 9º), a Constituição de 1969 prescrevia no art. 153, § 9º: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas".

Também em nível infraconstitucional, nenhuma regra específica havia proscrevendo a prova obtida com violação do direito à intimidade. No Código de Processo Penal (art. 155) vigia uma quase completa liberdade de produção da prova, mas o Código de Processo Civil em dispositivo genérico - também aplicável, por analogia, ao processo penal (art. 3º do CPP) - prescrevia no artigo 332: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa" (grifo acrescentado).

Desse modo, seriam inaceitáveis as provas moralmente ilegítimas, entre as quais se incluía as obtidas com violação da intimidade alheia, não sendo permitida a sua utilização tanto no processo civil quanto no processo penal. Ainda sob esse panorama legislativo, o Supremo Tribunal Federal, em três decisões, duas das quais em matéria civil e outra em matéria penal, repudiou as interceptações telefônicas clandestinas.

Na primeira decisão, proferida em 11/11/1977, o Tribunal considerou inadmissível, por não ser meio legal nem moralmente legítimo, a gravação (a leitura do acórdão mostra que, na realidade, tratava-se de interceptação) feita por um marido, visando instruir processo de desquite com prova de infidelidade (RE 85.439-RJ, RTJ 84/609).

Em 28/06/1984, novamente em matéria civil, o Tribunal admitiu mandado de segurança, para desentranhar dos autos a transcrição de interceptação telefônica clandestina, por considerá-la infringente do art. 332 do CPC e do art. 153, § 9º, da CF/69 (RE 100.094-PR, RTJ 110/798 e RT 593/264).

Na última decisão, de 18/12/1986, que versava sobre matéria penal, o Tribunal também considerou ilegal - por afrontarem a inviolabilidade do sigilo de comunicações (art. 153, § 9º, da CF/69) e o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 153, §§ 8º e 9º, da CF/69) - interceptação telefônica clandestina (erroneamente a ementa alude à "gravação clandestina") não autorizada e, diante da ausência de outras provas, determinou o trancamento de inquérito policial (HC 63.834-SP, RTJ 122/47 e RT 621/378).

Nessas três decisões, o STF reputou inadmissível prova obtida com violação da intimidade. Nelas o Tribunal, é bom esclarecer, repudiou interceptações telefônicas e não gravações telefônicas, como erroneamente aparece em duas dessas ementas. Mas nem essas decisões do colendo STF foram suficientes para pôr termo à vacilação quanto à admissibilidade da prova ilícita.

Na doutrina, vicejava ampla controvérsia, com pelo menos quatro teorias a respeito da admissibilidade da prova ilícita. Pela primeira, a prova ilícita seria admitida quando não houvesse impedimento na própria lei processual, punindo-se quem a produziu. A segunda teoria não admitia o uso, no âmbito processual, de prova obtida com violação de normas constitucionais ou de leis substanciais, porque o ordenamento jurídico é uno. Já a terceira teoria, que é apenas subtipo da teoria anterior, somente não admitia a prova obtida com violação de normas constitucionais porque, nesse caso, a prova seria inconstitucional. Por fim, procurando temporizar determinadas situações, a última teoria admitia, em situações excepcionais, a prova obtida com violação de norma constitucional, desde que ela visasse a proteger bens, também constitucionalmente assegurados, mais relevantes do que aqueles infringidos na sua produção.

Mas com o preceito estabelecido no inciso LVI do artigo 5º, a Constituição brasileira inegavelmente adotou a segunda teoria acima referida. cremos, contudo, que essa regra constitucional não é absoluta, e sim relativa, podendo ocorrer situações em que a prova ilícita seja admissível no processo, tendo em vista a necessidade de se preservar outros valores constitucionais mais relevantes.

## **5 - A RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Somente depois de séculos de duras lutas, após terem sido derramados rios de lágrimas e sangue, é que os direitos fundamentais do homem foram conquistados, estabelecidos e assegurados. Nasce daí o Estado de direito, trazendo em si quatro fundamentos: a) a supremacia da Constituição; b) a separação dos poderes; c) a superioridade da lei; e d) a garantia dos direitos fundamentais. Os três primeiros fundamentos visam a tornar efetiva a garantia dos direitos fundamentais, que o Estado não pode abolir ou desrespeitar. Isso por si só mostra a relevância dos direitos fundamentais, mas não os transforma em direitos absolutos.

Também é verdade que os direitos fundamentais foram estabelecidos principalmente em virtude da opressão do cidadão pelo Estado, de tal modo que foram assegurados primordialmente para serem exercidos contra o Estado e apenas secundariamente para serem exercidos contra os outros indivíduos.

Entretanto, os direitos fundamentais existem para assegurar, ao homem, espaço para o integral desenvolvimento da personalidade humana sem interferências do Estado, e não para acobertar crimes e comportamentos nocivos à coletividade e a outros cidadãos. Não podem, portanto, dada essa sua finalidade, ser entendidos como direitos absolutos, mas sim como direitos sujeitos a restrições impostas pela convivência com outros direitos de igual dignidade e pelo interesse público, que há preponderar sobre o interesse particular. Em palavras já clássicas em nossa literatura jurídica, Ada Pellegrini Grinover ensina:

"É cediço, na doutrina constitucional moderna, que as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias."<sup>24</sup>

Expostos esses esclarecimentos, devemos observar que os direitos assegurados nos incisos X, XII e LVI do art. 5º da Constituição, que nos interessam mais de perto, não são absolutos, mas sim relativos. Mesmo quando não existe restrição, os direitos fundamentais estão sujeitos a limites, aos chamados limites imanentes<sup>25</sup>. É com base neles que Raquel Denize Stumm ensina que "se num caso concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, se se atingem 'intoleravelmente' a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a convicção de que a proteção constitucional do direito não quer ir tão longe."<sup>26</sup>

Para uma interpretação mais proveitosa, esses dispositivos devem ser conjugados (principalmente, cada um dos dois primeiros com o último); além disso, deve-se dar maior importância à interpretação resultante do sistema constitucional, do princípio de unidade da

Constituição, em detrimento daquela que resulta da literalidade de seus textos. Com base nisso, é que não cremos ser possível atribuir a qualquer um desses dispositivos o status de regra absoluta.

A doutrina em larga medida considera a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados como direito fundamental absoluto, considerando toda e qualquer prova obtida com violação desses direitos como inadmissível no processo.

Essa é a opinião de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarnece Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho que lecionam o seguinte:

"Dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo em que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que com relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade do sigilo se torna absoluta."<sup>27</sup>

No mesmo sentido a doutrina de Celso Ribeiro Bastos<sup>28</sup>, Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>29</sup>, Antonio Magalhães Gomes Filho em obra individual<sup>30</sup>, Julio Fabbrini Mirabete<sup>31</sup>, Rogério Lauria Tucci<sup>32</sup> e José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto<sup>33</sup>.

Com todo o respeito devido, assim não nos parece que é, já que não admitimos a existência de direitos absolutos. E sustentamos posição diversa com base em vários motivos.

Essa interpretação, parece-nos, decorre basicamente de uma interpretação literal a contrario sensu. E, como se sabe, a interpretação literal não é o meio mais seguro para se extrair o real significado de uma norma jurídica. Ou dizendo melhor, com o eminente Min.

Paulo Brossard que, citando Learned Hand no julgamento do Inquérito 427 - DF, afirmou: "Não há meio mais seguro de trespassar qualquer documento do que a sua leitura literal" (RTJ 148/42).

Devemos, inicialmente, observar que nas Constituições de 1946, (art. 141, § 6º), de 1967 (art. 150, § 9º) e de 1969 (art. 153, § 9º) eram assegurados alguns desses direitos, sem estabelecer nenhuma restrição e mesmo assim admitia-se, na época, a quebra desses sigilos. Como agora é possível entender que os mesmos direitos sejam absolutos, se a CF/88 admitiu expressamente a quebra do sigilo telefônico?

Depois, não existe nenhum motivo plausível para que se admita a quebra do sigilo telefônico e não se admita quebra dos sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados. É isso que leciona o ilustre José Carlos Barbosa Moreira:

"Não é fácil perceber a razão de política legislativa capaz de justificar a disciplina heterogênea da matéria no tocante, por um lado, às comunicações telefônicas e, por outro, aos demais tipos de comunicação. Soa extravagante que se possa outorgar ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica, e a mesma providência seja, ao contrário, inadmissível no que respeita a uma carta ou a um telegrama. Se dois

membros de uma quadrilha conversam por telefone, existirá a possibilidade de escutar o que dizem, sem que eles saibam; mas, se um envia ao outro folha de papel, não haverá meio lícito de descobrir o que nela foi escrito, a menos que o próprio destinatário faça a cortesia de revelá-lo...O mínimo que cabe dizer é que o legislador constituinte revelou aí estranho amor pelo paradoxo."<sup>34</sup>

O fato de o sigilo das comunicações telefônicas estar sujeito a uma reserva legal qualificada ou restrição legal qualificada<sup>35</sup> não implica dizer que os outros tipos de comunicações sejam absolutos. A restrição legal qualificada para as comunicações telefônicas, cremos nós, foi estabelecida porque justamente era (e é) esse tipo de comunicação o mais violado.

Essas violações tornaram-se mais frequentes no período da ditadura militar, durante a qual opositores e quaisquer cidadãos que fossem considerados suspeitos tinham os seus telefones grampeados, bastando para isso a mera desconfiança de um chefe militar. Esse estado de coisas levou a uma banalização da violação do sigilo telefônico, chegando-se depois ao absurdo de se ver serviços de "grampos telefônicos" anunciados em classificados de jornal. Para se ter uma idéia do número dessas violações, segundo Luciana Fregadolli<sup>36</sup>, calcula-se que, diariamente, são realizados, no Brasil, cerca de 1.500 grampos! Assim, parece-nos que o constituinte, sabendo que o "grampo corria solto", resolveu ser mais restritivo em relação à quebra de sigilo telefônico, estabelecendo uma reserva legal qualificada, não tendo com isso tornado invioláveis os outros sigilos previstos no inciso XII do art. 5º.

Ademais, não se coaduna com a razoabilidade a corrente que vê alguns sigilos como absolutos, já que outros direitos fundamentais mais importantes, tais como o direito à vida e o direito à liberdade, foram restringidos. Se a constituição - no art. 5º, XLVII, "a" da CF - não considerou o direito à vida como direito absoluto, como considerar absoluto o direito ao sigilo?

Contra a posição que considera os sigilos citados como absolutos, temos também o direito comparado e as declarações internacionais de direitos humanos. Várias constituições de países democráticos alçam o direito ao sigilo das comunicações em todas as suas formas como direito fundamental, mas nenhuma delas prevê a existência de um direito absoluto ao sigilo e todas elas admitem, em alguns casos, a quebra desse sigilo. Assim, as Constituições da Argentina (art. 18), Dinamarca (art. 72), Espanha (art. 18, 3), Estados Unidos (art. IV, acrescentado por emenda), Itália (art. 15) e Portugal (art. 34, 4).

Na mesma trilha seguem as declarações internacionais de direito, que não admitem a existência de um direito absoluto à intimidade das comunicações. Essa é a posição da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 12 c/c art. 29) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 11, 2, c/c os arts. 30 e 32, 2).

Um argumento de cunho prático também serve para evidenciar a impropriedade da interpretação criticada. E ele consiste em observar que a quebra de sigilo constitui importante instrumento posto à disposição do Estado para agir em defesa do interesse público, que no caso consiste no combate à criminalidade, principalmente da criminalidade organizada. Mas com o rápido progresso dos meios de comunicação, mormente os que envolvem a informática, já estão disponíveis no mercado

computadores portáteis tais, como "notebooks", "sub-notebooks" e "palm-tops", sendo que estes últimos podem ser postos na palma da mão e permitem acesso a comunicação via "internet", substituindo assim de certo modo o telefone. De tal modo que, hoje em dia, as organizações criminosas podem perfeitamente se comunicar através desses equipamentos e aí a eficácia da restrição contida no art. 5º, XII, da CF ficará na dependência da interpretação que se dê as expressões "comunicações de dados" e "comunicações telefônicas". Se se entender que somente as comunicações telefônicas podem ser violadas, para que reste inócuo o meio de prova que o constituinte quis colocar a disposição do Estado, bastará que as organizações criminosas utilizem-se dessa nova tecnologia.

Além desses argumentos, no sentido aqui defendido da relatividade dos direitos fundamentais, também existem pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência do STF. Na doutrina, podemos citar as lições de Luiz Flávio Gomes<sup>37</sup>, Damásio E. de Jesus<sup>38</sup>, Fernando Capez<sup>39</sup>, Alexandre de Moraes<sup>40</sup> e Carlos Frederico Coelho Nogueira<sup>41</sup>.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal, a questão foi aventada pela primeira vez no julgamento do HC 70.814-SP<sup>42</sup>, relatado pelo Min. Celso de Mello, onde se admitiu a interceptação de correspondência:

"A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas."

Depois disso, o Tribunal apreciou a Ação Penal 307-DF (RTJ 162/03), na qual havia laudo de degravação de disco de computador, estando em causa o sigilo da "comunicação de dados", que acabou não sendo apreciada, uma vez que a busca e apreensão deu-se com invasão de domicílio, de modo que quase todos os ministros consideraram a prova ilícita em virtude da invasão, deixando de apreciar a questão referente ao caráter absoluto ou relativo desse sigilo. No entanto, dois ministros apreciaram a questão, o Min. Ilmar Galvão considerou o sigilo das comunicações de dados um direito absoluto (RTJ 162/41); ao passo que o Min. Moreira Alves considerou que esse sigilo não era absoluto, podendo ser restringido pelo legislador; mas, como não se havia editado lei, a degravação do disco era ilegal (RTJ 162/140).

Até aqui, em vista da decisão tomada no HC 70.814-SP, podemos dizer que predomina no STF a corrente que considera direito relativo o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados.

De qualquer sorte, a questão está perto de ser resolvida definitivamente pelo STF, já que a ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil) propôs a ADIN 1.488-UF contra o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96, defendendo a tese de que, ao permitir a "interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática", o dispositivo estaria violando o art. 5º, XII, da CF, que só autoriza a quebra do sigilo telefônico. Embora tenha reconhecido a relevância da tese, o STF indeferiu a liminar devido à ausência de periculum in mora (Informativo do STF nº 52).

Criticando a grande restrição da exceção prevista no art. 5º, XII, da CF, a ilustre professora Ada Pellegrini levanta interessantíssima questão<sup>43</sup>, que convém expor. Afirma a preclara mestra que, em segundo turno, a redação aprovada para o dispositivo no plenário da Assembléia Constituinte foi esta: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual".

No entanto, a Comissão de Redação mudou o preceito para o atual texto, que é bem mais restritivo do que o aprovado em plenário. Segundo a Autora, com isso a Comissão de Redação exorbitou dos seus poderes, sendo a atual redação do art. 5º, XII, inconstitucional, por vício de competência e violação do processo formal estabelecido no art. 3º da Emenda Constitucional nº 26, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte.

Defende, assim, que a redação aprovada seja restabelecida por emenda do Congresso Nacional ou através do Judiciário, a quem caberia declarar a inconstitucionalidade da nova redação, suprimindo as palavras acrescidas.

Embora aqui se advogue a relatividade da inviolabilidade do sigilo, devemos advertir que a interceptação (captação por terceiro sem o conhecimento dos titulares do sigilo) de correspondência ou de comunicações telegráficas e de dados só pode ser feita nos casos previstos em lei e com autorização judicial, tendo em vista sempre a proporcionalidade da medida. Por exemplo, para a correspondência, tem-se a previsão legal no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84 (já citado acima) e no art. 151 do CP, que só tipifica a devassa indevida.

Tudo o que se falou aqui se refere à interceptação, e não a divulgação por um dos titulares do sigilo, já que a regra constitucional, segundo nosso entendimento, dirige-se a terceiros; somente em face destes existe sigilo.

A defesa que se fez da relatividade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e de dados foi no sentido de que a quebra desse sigilo, atendidas algumas condições, constitui prova lícita. Não se trata de defesa da admissibilidade das provas ilícitas, que é tema atinente ao princípio da proporcionalidade a seguir exposto.

## **6 - PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Antes se distinguia dois tipos de provas ilegais: as provas ilícitas, que eram as obtidas com violação de regras de direito material; e as provas ilegítimas, que eram as obtidas com violação de regras de natureza processual. Hoje, com o princípio proibitivo estabelecido no art. 5º, LVI, da CF, que engloba os dois tipos de provas ilegais, essa distinção doutrinária perdeu interesse prático.

Embora claramente baseado na regra americana do exclusionary rule, que normalmente só se aplica no campo penal e, ainda assim, somente contra a autoridade pública, esse preceito constitucional encerra regra aparentemente absoluta, no sentido de proibir a admissão de toda e qualquer prova ilícita, seja ela produzida por autoridade ou particular em processo penal ou não. Dizemos "aparentemente" porque nenhum direito pode ser entendido como absoluto, havendo sempre limites imaneses derivados da

convivência com outros direitos de igual estatura ou das "justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática" (art. 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem). De modo que o dispositivo deve ser entendido também como relativo.

O preceito constitucional pôs fim a discussão que reinava quanto à admissibilidade da prova ilícita, mas deixou de responder a duas questões muito importantes: a das provas ilícitas por derivação e a do princípio da proporcionalidade.

## **6.1 - PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

Muitas vezes, provas obtidas ilicitamente propiciam o conhecimento de outras provas, cuja colheita se faz licitamente, colheita essa que não seria possível sem a informação obtida através da prova ilegal. E isso ocorre com relativa frequência em casos de busca domiciliar ilegal, de prisão ilegal, de confissão extorquida, etc.

Essas situações davam (e ainda dão) margem a aceras discussões sobre a admissibilidade dessa prova derivada, com duas posições opostas: a primeira, que prega inadmissibilidade da prova derivada; a Segunda, que sustenta admissibilidade da prova derivada, já que sua obtenção é lícita.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte estabeleceu regras de exclusão (exclusionary rule) da prova ilícita, não admitindo o seu emprego no julgamento do acusado. Tais regras têm três finalidades, preponderando ora uma ora outra, que são: 1ª) evitar condutas ilegais da polícia, fim esse que só é atingido se provas, assim obtidas, não puderem ser utilizadas no julgamento; 2ª) manter o imperativo da "integridade judicial", não podendo os tribunais admitir a utilização de provas ilícitas, porque isso equivaleria a se tornar cúmplice da ilegalidade policial, o que corromperia o julgamento; 3ª) assegurar ao povo que a acusação não será beneficiada pela conduta ilegal das autoridades públicas (policiais), diminuindo o risco de seriamente minar a confiança do povo no governo<sup>44</sup>.

Com vista a dar efetividade a essas finalidades (principalmente a 1ª e a 2ª), a Suprema Corte Americana desenvolveu a teoria dos frutos da árvore envenenada (the fruits of the poisonous tree), segundo a qual a árvore ruim (busca ilegal, p. ex.) dará maus frutos: processo e condenação injustos e, conseqüentemente, nulos. Por outras palavras: independentemente da legalidade da colheita, a prova também será ilícita se derivar de outra prova ilícita. Depois disso, em cortes mais conservadoras, a Suprema Corte estabeleceu diversas limitações a essa teoria, dentre elas estas duas: a) limitação da fonte independente, segundo a qual os fatos descobertos a partir da prova ilícita não seriam necessariamente ilegais, se pudessem ainda ser provados por fonte independente; b) limitação da descoberta inevitável, pela qual a prova seria admissível se a acusação provasse que ela seria inevitavelmente descoberta por meios legais, etc<sup>45</sup>.

No Brasil, no julgamento do HC 69.912-RS, em que os réus foram condenados com base em interceptação telefônica, cuja autorização judicial deu-se antes da regulamentação do art. 5º, XII, o Supremo Tribunal, por 6 x 5, primeiramente repeliu a teoria da árvore dos frutos envenenados, admitindo serem válidas as provas ilícitas por derivação (DJU 26/11/1993). No entanto, posteriormente, descobriu-se que o filho do Min. Néri da Silveira, que votou favoravelmente a admissibilidade das provas, atuou no

processo como membro do Ministério Público. Atendendo impugnação da defesa, foi realizada nova sessão, sem a presença do Ministro impedido, modificando-se a votação para 5 x 5, com a conseqüente concessão do habeas corpus, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento do STF. Assim, nessa segunda votação, acolhendo a teoria da árvore dos frutos envenenados, o STF anulou o processo a partir da prisão em flagrante:

"Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS nº 21.750, 24/11/93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente."<sup>46</sup>

A polêmica não terminou, persistindo inclusive no próprio STF, que ficou dividido nessa decisão por 5 a 5, ficando implícita, na primeira votação, que a posição do Tribunal era no sentido de repelir a teoria. No entanto, com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, que era favorável à tese majoritária, assumiu o Min. Maurício Corrêa, que no julgamento do HC 72.588-PB, votou a favor da aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados. Desse modo, a partir daí, o STF tem nova posição majoritária, admitindo, por apertada margem (6 a 5), a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

A decisão do HC 69.912-RS, firmando o entendimento de que são inadmissíveis as provas ilícitas por contaminação, foi repetida em vários julgados: HC 73.351, Rel. Min. Ilmar

Galvão, RTJ 168/543 - HC 72.588-PB, rel Min. Maurício Corrêa, Informativo do STF nº 35 - HC 74.299, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 163/683 - HC 73.510, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo do STF nº 96.

A teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, direta ou indiretamente, da prova ilegal, não se aplicando a provas sem relação com a contaminação. Desse modo, a presença de prova ilícita não impede o recebimento da denúncia, não havendo que se falar de sua inépcia ou nulidade do seu recebimento ou do processo, se houver outras provas independentes da contaminada<sup>47</sup>. Também não implica nulidade da condenação se esta tiver se dado com base em provas independentes da ilícita<sup>48</sup>.

## **6.2 - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Este princípio nasceu no direito americano, onde é conhecido como princípio da razoabilidade, mas atingiu seu ápice no direito alemão, onde é usada a denominação aqui empregada. Além da denominação diversa, o direito americano e alemão dão a esse princípio fundamento distinto: neste ele funda-se no estado democrático de direito; naquele, no devido processo legal, no que foi seguido pelo STF no julgamento da ADIN 958-3/RJ. Fora essas duas distinções, o princípio possui tanto no direito americano quanto no alemão a mesma formulação.

Esse princípio é mais facilmente sentido do que conceituado. Pelo princípio da proporcionalidade, na interpretação de determinada lei ou da constituição, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, preferindo-se o interesse ou direito mais importante, de modo a dar-se a solução concreta mais justa<sup>49</sup>.

Com base neste princípio, a doutrina e a jurisprudência procuram mitigar o aparente caráter absoluto do art. 5º, LVI, da CF, admitindo, em alguns casos excepcionais, a utilização no processo da prova ilícita.

A utilização de prova ilícita em favor da defesa é aceita unanimemente, de modo que se torna dispensável listar os autores que a admitem. Neste caso, quando o réu obtém a prova de modo ilícito, entende-se que há o confronto do princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa do réu, devendo prevalecer este. Além disso, há autores que entendem haver no caso legítima defesa, excluindo a ilicitude, de modo que a prova obtida pela réu é lícita<sup>50</sup>.

No tocante à utilização da prova ilícita pela acusação, quase toda a doutrina manifesta-se contrariamente, podendo-se citar a título de exemplo: Ada Pellegrini Grinover<sup>51</sup>, Luiz Flávio Gomes<sup>52</sup> e Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>53</sup>. Raros são os autores que admitem o emprego da prova ilícita a favor da acusação; parecem admiti-la: Adalberto José Q. T. de Carmargo Aranha<sup>54</sup> e Antônio Scarance Fernandes<sup>55</sup>.

Criticando a corrente que só admite prova ilícita em favor da defesa, argúi José Carlos Barbosa Moreira o seguinte:

"Se a defesa - à diferença da acusação - fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o 'poderoso chefão' local."<sup>56</sup>

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido o emprego da prova ilícita pro societate. No julgamento do HC 3.982-RJ (RSTJ 82/321), admitiu como válida, para embasar a acusação, prova ilicitamente obtida (no caso, interceptação telefônica autorizada antes da Lei 9.296/96). Essa mesma decisão foi reafirmada no HC 4.138-RJ (Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª quinzena de julho de 1996 - n.º 13/96, p. 217) e no HC 6.129-RJ (RSTJ 90/364).

Se a própria Constituição tratou com extrema severidade os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLII), para combatê-los e, em vista do direito violado no caso concreto (p. ex., a prova obtida com violação da intimidade), parece-nos admissível, com base no princípio da proporcionalidade, a utilização de prova ilícita pro societate, principalmente se tais crimes forem executados por organizações criminosas. Nesses casos, afasta-se a proibição do art. 5º, LVI, da CF em nome da manutenção da segurança da coletividade, que também é direito fundamental (art. 5º, caput), direito esse que o Estado tem o dever constitucional de assegurar (art. 144, caput).

Naturalmente, nem toda prova ilícita pro societate é admissível no combate a crime hediondo ou equiparado cometido por organização criminosa, já que o princípio da proporcionalidade impõe que sempre se leve em conta, caso a caso, os direitos e interesses em confronto.

Uma confissão obtida com tortura ou prova dela derivada, por exemplo, jamais seria admissível no processo, porque neste caso não haveria um interesse mais relevante que propiciasse a aplicação do princípio da proporcionalidade, já que a CF fez e equiparou a tortura ao crime hediondo (art. 5º, XLII).

## **9 - CONCLUSÕES**

No decorrer deste trabalho, nem sempre foi possível estabelecer conclusões seguras, dado o pouco tempo de vida do atual Texto Constitucional e as vacilações da doutrina e da jurisprudência. No entanto, mesmo assim, é possível extrair algumas conclusões parciais a respeito do tema:

A inviolabilidade do sigilo existe em face de terceiros e não dos titulares do direito à intimidade, de modo que não é ilícita a gravação de conversa telefônica por uma das partes, sem o conhecimento da outra, quando há justa causa. Mas não constitui "justa causa", para tornar lícita tal gravação, a mera comunicação ao Judiciário de crime de ação pública (STF, RTJ 162/03).

Diferentemente, é lícita a gravação da conversa por parte de um dos interlocutores, quando ele estiver sendo vítima de crime, porque neste caso há excludente de ilicitude, de modo que tal prova pode ser aceita nos tribunais para punir o autor da infração (STF, RTJ 167/206, 168/1022).

Não estão protegidos pelo direito à intimidade os acontecimentos públicos (STF, RTJ 165/934) ou não revestidos de caráter secreto (STF, RTJ 128/745). Também estão fora dessa proteção os fatos nos quais não há quebra de confiança (STF, RTJ 148/213), sendo, pois, lícita a prova obtida nesses casos.

Embora a atividade probatória seja mais livre no processo penal, não é ela insuscetível de limites, já que o processo tem sempre feitiço ético e existe, principalmente, como instrumento de garantia do réu. Por outro lado, os direitos fundamentais não são direitos absolutos, de modo que, em alguns casos, podem ser restringidos com a finalidade de assegurar a preservação da ordem pública (STF, RT 709/418).

No direito brasileiro, são inadmissíveis não só as provas ilícitas, mas também aquelas cuja colheita só foi possível, direta ou indiretamente, a partir de provas ilícitas (STF, RTJ 155/508).

É aplicável o princípio da proporcionalidade. De modo que regra proibitiva do art. 5º, LVI, da CF não pode ser tida como absoluta, devendo ceder quando em confronto com o direito à ampla defesa, levando, assim, a admissão da prova ilícita em favor do réu. Essa mesma regra também cede em favor da acusação, quando em causa está o combate aos crimes mais graves, principalmente se estes são perpetrados por organizações criminosas (STJ, RSTJ 82/321).

---

## **BIBLIOGRAFIA**

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da Prova no Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal - Um Estudo Comparativo das Posições Brasileira e Norte-Americana. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 12, out./dez., 1995.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FERNANDES, Antonio Scarance. A Lei de Interceptação Telefônica. Justiça Penal 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Especial. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1.
- FREGADOLLI, Luciana. Direito à Intimidade. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 19, abr./jun., 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal. Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense

Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 17, jan./mar., 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

JESUS, Damásio. Direito Penal: Parte Especial. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2.

JESUS, Damásio E. de. Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24/07/1996. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 735, jan., 1997.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da Inviolabilidade de Dados: Inconstitucionalidade da Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação de Comunicações Telefônicas). Cadernos de de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 23, abr./jun., 1998.

MACIEL JÚNIOR, Renato. A Prova Fonográfica. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 574, ago., 1983.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas. Temas de Direito Processual - Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. Proibição da Prova Ilícita: Novas tendências do Direito. Justiça Penal 4: Críticas e Sugestões, 1997.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. O Processo Penal em Face da Constituição e dos Ditames de uma Justiça Penal Mais Eficaz. Justiça Penal: Críticas e Sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVEIRA, Paulo Fernando Silveira. Devido Processo Legal: Due Process of Law. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

STUM, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código Processo Penal Comentado. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

## **Outras Publicações**

Anteprojeto do Código Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 22, abr./jun., 1998.

Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. Constituição da República Federativa do Brasil: quadro comparativo. Brasília: Senado Federal, 1996.

Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. Direitos Humanos: Declarações de Direitos e Garantias. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, 1996.

---

1. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 4/6; GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 95/96 e JESUS, Damásio E. de. Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296,

- de 24/07/1996. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 735, p. 460, 1997.
2. Nesse Sentido: Luiz Flávio Gomes (op. cit, pp. 96 e 104/105); Damásio de Jesus (op. cit, p. 461) e FERNANDES, Antonio Scarance. A Lei de Interceptação Telefônica. Justiça Penal 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.
  3. Para Vicente Greco (op. cit, p. 6), a escuta telefônica está fora do âmbito da Lei 9.296 e do inciso XII do art. 5º da Constituição.
  4. RHC 7.216-SP, Rel. Min Edson Vidigal, RT 755/580 e RSTJ 109/268.
  5. HC 75.338-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, Informativo nº 102.
  6. RHC 7.216-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, RT 755/580 e RSTJ 109/268
  7. TJSP, RT 693/341; TACrimSP, RT 750/655.
  8. RE 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, Informativo do STF nº 104.
  9. O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade, 1995, p.34.
  10. JESUS, Damásio. Direito Penal: Parte Especial, v. 2, p. 260 e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Especial, v. 1, p. 175.
  11. A Prova Fonográfica, in Revista dos Tribunais nº 574, p. 307.
  12. Interceptação Telefônica, pp. 04/06. Em posição mais ampla admitindo o uso do gravação clandestina: Renato Maciel de Sá Jr., "A Prova Fonográfica", in Revista dos Tribunais nº 574/302-313.
  13. Novas Tendências do Direito Processual, 1990, p. 66.
  14. RTJ 162/03-340.
  15. RTJ 155/75-97.
  16. RTJ 155/85.
  17. Repertório IOB de jurisprudência - 2ª quinzena de setembro de 1997 - nº 18/97, p. 348, ementa 3/13561 e Informativo do STF nº 75.
  18. O STJ também tem decidido nesse sentido: HC 4.654-RS, Rel. Min. José Dantas, RT 738/570.
  19. Ob. cit. pp. 36/37.
  20. HC 74.356-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, RT 743/550 e RTJ 165/934.
  21. RHC 67.058-RS, Rel. Min. Francisco Rezek, RT 641/394 e RTJ 128/745.
  22. AP 307-DF, RTJ 162/254.
  23. HC 69.818-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 148/213 e HC 75.513, Rel. Min. Moreira Alves, RT 740/525 e RT 734/627.
  24. Novas Tendências de Direito Processual, p. 60.
  25. Veja a respeito: STUM, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, 1995, pp. 66 e 143/144 e BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, 1996, pp. 165/166.
  26. Op. cit., p. 144.
  27. As Nulidades no Processo Penal. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 155.
  28. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol., p. 72.
  29. Código Processo Penal Comentado. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 1º vol., pp. 445/446.
  30. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 122.
  31. Processo Penal, 1995, p. 316.
  32. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 432.
  33. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política 23/187-188.
  34. Temas de Direito Processual - Sexta Série, 1997, p. 117.
  35. Veja a respeito: STUM, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito

- Constitucional Brasileiro, 1995, pp. 145/146 e BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, 1996, p. 162.
36. Direito à Intimidade, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 19/229.
37. Interceptação Telefônica, pp. 100/104 e 173/175.
38. Interceptação de Comunicações Telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. In RT 735/464.
39. Curso de Processo Penal, 1999, p. 37.
40. Direito Constitucional, 1999, p. 74.
41. O Processo Penal em Face da Constituição e dos Ditames de uma Justiça Penal Mais Eficaz. In Justiça Penal: Críticas e Sugestões, 1994, pp. 91/92.
42. RT 709/418.
43. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas, in Revista Brasileira de Ciências Criminais 17, pp. 113/114.
44. Cf. Ricardo Cintra Torres de Carvalho, "A Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal - Um Estudo Comparativo das Posições Brasileira e Norte-Americana", in Revista Brasileira de Ciências Criminais 12, p. 171 e Paulo Fernando Silveira. Devido Processo Legal: Due Process of Law, 1997, p. 154.
45. Cf. Paulo Fernando Silveira, ob cit, p. 156.
46. HC 69.912-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 155/508.
47. Nesse sentido: HC 74.807-MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ 164/1010; HC 74.081-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ 164/974 e HC 74.114-RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 162/366. No Superior Tribunal Justiça também adota a mesma posição, cf. HC 5.292-RJ, Rel. Min. Anselmo Santiago, RSTJ 97/389.
48. HC 69.209-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 141/924; RO em HC 72.463, Rel. Min. Carlos velloso, RT 724/570; HC 73.461-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 164/950; HC 74.559-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 163/309 e HC 76.641-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RT 763/496.
49. Cf. Nelson Nery Júnior, Proibição da Prova Ilícita: Novas tendências do Direito, in Justiça Penal 4, p.16.
50. NERY JUNIOR, Nelson, op.cit., p. 18.
51. Conforme nota 14.
52. Op. cit, pp. 147/148.
53. Op. cit, pp. 106/107.
54. Da Prova no Processo Penal, 1994, pp. 50 e 54.
55. Lei de Interceptação Telefônica, Justiça Penal 4, pp. 51/52
56. Artigo citado, pp. 112/113.