

Considerações sobre a admissibilidade da prova vedada no processo penal brasileiro.

MARCELLUS POLASTRI LIMA ^(*)

O Código de Processo Penal Brasileiro, ao contrário do Código de Processo Penal Italiano ⁽¹⁾, não trata detalhadamente do problema de aquisição da prova para o processo, mas prevalece a interpretação que teremos que nos ater aos meios de aquisição e, antes mesmo deste próprio ato, deverá ser feita a valoração se a prova pode ser admitida e, para tal, a mesma não poderá ter vícios.

Ora, o processo penal é de natureza pública e, assim, o meio probatório deve ser ilimitado, só comportando exceções em relação ao estado das pessoas (art. 155 do Código de Processo Penal) e em relação às provas ilícitas ou imorais.

Este, o ensinamento de FREDERICO MARQUES: "de um modo geral são inadmissíveis os meios de prova, que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor. Tais são: a) os meios probatórios de invocação ao sobrenatural; b) os meios probatórios que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana." ⁽²⁾

Portanto, não sendo o meio de prova indigno, imoral, ilícito ou ilegal e sendo respeitada a ética e o valor da pessoa humana, poderá ser admitido e passível de aquisição no processo, mesmo que não esteja *legalmente relacionado no Código de Processo Penal*.

Requerida a prova pela parte, deverá se dar o deferimento, se esta tiver sido proposta tempestivamente, desde que seja *admissível*, examinando-se, em primeiro lugar, a economia processual, que aconselha a seleção das provas, e, portanto, deve haver a consideração da *pertinência* e *relevância* da prova, e exemplos de preocupação do legislador processual penal com isto vemos no art. 184 do Código de Processo Penal, que determina o indeferimento da perícia quando *não for necessária ao esclarecimento da verdade*, e das perguntas às testemunhas, no art. 212, *se não tiverem relação com o processo*.

⁽¹⁾ Cf. TONINI, Paolo. *La Prova Penale, seconda edizione*, Padova, Itália, Cedam, 1988, p.18.

⁽²⁾ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, Campinas, Bookseller, 1997, p. 256.

Também serão *inadmissíveis* a prova *se disser respeito* a fatos não passíveis de prova, como a presunção e os fatos notórios, e as que sejam *ilegítimas* ou *ilícitas*. E, aqui entramos em um terreno mais controvertido, o do estudo das chamadas provas inadmissíveis *por ser proibida sua aquisição no processo*.

Como alerta ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "a conclusão sobre a existência de um *direito a prova*, em nosso ordenamento, obriga-nos a indagar sobre *sua natureza, seus titulares, seu conteúdo*, e, ainda, de suas possíveis *limitações*." (3)

Temos um direito subjetivo da parte de introduzir no processo o seu meio probatório, que é um direito **público ou cívico**, tendo as partes o direito de se utilizar da prova produzida durante e, até, *antes ou fora* do processo, só ficando presa tal pretensão à admissibilidade, pertinência e relevância de tais provas e, conforme o autor supracitado, "pode-se afirmar, assim, que correlato ao **direito à prova**, existe também um *direito à exclusão* das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes." (4)

O ato processual deve ser perfeito, válido e eficaz, produzido consoante as normas legais, pois, caso contrário, será tido como inválido ou ineficaz, devendo ser declarada a nulidade.

Porém, não se deve chegar ao extremo de necessidade da declaração de nulidade, pois esta sempre será posterior à realização do ato, sendo melhor se aferir a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova em momento anterior, através de uma **apreciação antecipada**, o que evitará a produção de atos inúteis, ineficazes ou anuláveis.

Daí a distinção entre prova nula e prova inadmissível, pois a admissibilidade da prova "consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de provas inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos" (5); já a nulidade de prova é uma consideração posterior à colheita da prova com vícios, sendo, aí, declarada a sua invalidez.

A prova pode ser inadmissível no aspecto processual, ou seja, quando não servir para a busca da verdade real ou violar normas legais, mormente processuais; ou **materialmente**, quando violar normas legais, especialmente normas constitucionais.

No próprio Código de Processo Penal, existem várias regras que fazem exigências específicas ou visam impedir a produção de certas provas, como é o exemplo da necessidade de laudo pericial se a infração deixar vestígio, como se vê do art. 158, prevendo o suprimento por prova testemunhal, se desaparecidos os vestígios (art. 167); a vedação do testemunho de pessoas que, pela função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo (art. 207); a não deferência de compromisso ao menor de 14 anos (art. 208); a restrição às provas que digam

(3) GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito A Prova no Processo Penal*, São Paulo, RT, 1997, p. 83.

(4) Obra citada, p. 89.

(5) Autor e obra citados, p. 95.

respeito ao estado das pessoas, que só podem ser admitidas se produzidas na forma da lei civil (art. 155) etc.

Em todos estes casos, se não houver conformidade com a regra processual, a prova não pode ser admitida e, se o for, será nula, e a tendência atual é de se considerar ilegal a prova que destoe de qualquer lei, mesmo que não processual.

Conforme salienta ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

“...verifica-se, principalmente nas últimas décadas, uma tendência a um alargamento do campo das proibições de prova, com base na constatação de que o ordenamento é uno e, assim, a violação de qualquer de suas regras, com o propósito de obtenção de provas, deve conduzir ao reconhecimento da **ilegalidade** das mesmas e, em consequência, à sua inaptidão para a formação do convencimento judicial.”⁽⁶⁾

Na proibição das provas, temos que nos ater se esta é de natureza exclusivamente processual ou substancial, voltada para a finalidade e lógica do processo, ou se advém a vedação em vista de violação a *direitos reconhecidos ao indivíduo, independentemente dos fins processuais*. No primeiro caso, teremos as chamadas **provas ilegítimas** e, no segundo caso, as **provas ilícitas**.

Ambas as modalidades se constituem em provas ilegais, pois existe uma contradição com o ordenamento legal, ou em violação a princípio processual ou substancial, mas, como esclarece ADA PELLEGRINI GRINOVER, “quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.”⁽⁷⁾

Destarte, a Constituição, quando se refere à prova ilícita, quer se referir à prova **vedada**, que compreendem as provas ilícitas e as provas ilegítimas, seguindo corrente já adotada pela doutrina italiana, mormente por PIETRO NUVOLONE.^{(8) (9)}

Consoante LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO: “A importância dessa corrente doutrinária se verifica, outrossim, pelo fato de que a utilização da expressão “vedadas” já indica a sua opção pela inadmissibilidade, no processo, das provas

⁽⁶⁾ Obra citada, p. 100.

⁽⁷⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *As Nulidades no Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, p.113.

⁽⁸⁾ Cf. NUVOLONE, Pietro. “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991.

⁽⁹⁾ O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, no que tange às provas, em tramitação no Congresso, pioneiramente trata da prova ilícita, mas não da prova ilegítima, em seu art. 157, e, assim, desconhece a opção do legislador constitucional em tratar a prova ilegítima também como prova vedada.

obtidas por meios ilícitos. Coincide, assim, perfeitamente, com o enunciado da garantia inserida pelo constituinte brasileiro, no art. 5º, LVI: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos." (10)

E assim, o autor define a prova ilícita, em sentido estrito, como a "prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade". (11)

Melhor exemplificando: se o vício se deu na **colheita** da prova, por ofensa a uma norma material, como no caso de uma confissão obtida sob tortura, o que é constitucionalmente proibido, teremos a prova **ilícita**.

Por outro lado, se o vício se der quando da produção ou inserção da prova no processo, por desobediência a uma norma processual, como o caso da oitiva de testemunha proibida de depor por dever de sigilo, a prova será *ilegítima*.

De se ressaltar que a prova pode ser contra os bons costumes e à moral, constituindo-se tais vícios à princípio, no sentido amplo, prova ilícita, sendo esta a intenção do legislador constitucional no Brasil ao se referir à prova ilícita. (12)

Portanto, a prova ilegítima é a que é colhida em desobediência às normas processuais e, segundo LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, "tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e modalidades de produção de prova, com a sanção correspondente a cada transgressão que pode ser uma sanção de nulidade." (13)

Ainda segundo o autor, "diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material - sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova lícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à dignidade humana..."

E arremata, distinguindo o momento da transgressão das duas espécies de provas vedadas:

"enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este." (14)

(10) AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas - Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 43.

(11) Obra e pp. citadas.

(12) CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da Prova no Processo Penal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 49 e 51.

(13) Obra citada, p. 43.

(14) Obra citada, pp. 44/45.

Reconhecida a ilegitimidade da prova, o juiz não deve valorá-la, já que eivada de nulidade, na forma do artigo 564, III, do Código de Processo Penal, que diz respeito à omissão de formalidade.

A *vexata quaestio* está na solução em relação à ilicitude da prova, já que não temos, no Código de Processo Penal, norma atinente à sua inadmissibilidade como regra geral. ⁽¹⁵⁾

Foi nos Estados Unidos da América que primeiro se fixou o princípio de inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente ⁽¹⁶⁾ e, assim, reconhecido tal defeito da prova, esta não poderia ser aceita no processo.

Anteriormente, existiam quatro correntes em relação à questão da admissibilidade da prova ilícita propriamente dita.

Pela primeira, em não havendo impedimento em nível da lei processual, somente a prova ilegítima poderia ser excluída do processo, já que, no que tange à prova ilícita, ficaria reconhecido o vício material, punindo-se o autor de sua produção, mas a prova permaneceria válida no processo. Assim justificava o italiano FRANCO CORDERO, defensor desta teoria: *male captum, bene retentum*, ou seja, mal colhida, mas bem produzida, e, na edição recente de seu *Procedura Penale*, critica o art. 191 do Código Italiano, que diz não serem válidas as provas obtidas com violação da lei (*non sono valutabili "le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge"*). ⁽¹⁷⁾ (também defendida esta posição no Brasil por HÉLIO TORNAGHI)

Três outras correntes dão por inadmissíveis as provas ilícitas no processo penal: uma, sob o fundamento de que, se o direito é uno e se a prova é ilícita, não pode ser reconhecida no processo (PIETRO NUVOLONE, na Itália, FREDERICO MARQUES e HELENO FRAGOSO, no Brasil); outra, baseia-se no fato de que o Estado deve se ater ao princípio da moralidade, não podendo se utilizar de meios ilícitos, nem para combater o crime; e, ainda, a que defende que a prova ilícita ofende a Constituição, atingindo valores fundamentais do indivíduo e as garantias individuais (CAPPELETI, VIGORITI e COMOGGIO, na Itália).

Ultimamente, outra teoria cada vez ganha mais espaço entre a doutrina e a jurisprudência: é a da *proporcionalidade*, que adota um princípio de proporção, admitindo a produção da prova ilícita, mesmo ante violação de norma constitucional em casos excepcionais, ou seja, também se deveria proteger valores

⁽¹⁵⁾ O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, relativo às provas, passa a tratar desta inadmissibilidade em seu artigo 157, que tem a seguinte redação: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais."

⁽¹⁶⁾ Em 1914, no caso *Weeks*, a Suprema Corte Americana considerou ser um *prejudicial error a admissão no processo de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado de busca e apreensão*.

⁽¹⁷⁾ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, terza edizione, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 582/583.

igualmente constitucionais, da mesma forma ou mais relevantes que aqueles violados na coleta da prova. (Entre nós são defensores desta teoria BARBOSA MOREIRA, CAMARGO ARANHA, MONIZ ARAGÃO e SERGIO DEMORO HAMILTON, dentre outros, e, na Alemanha, vigora, majoritariamente, entre a doutrina)

No Brasil, já tínhamos o art. 233 do Código de Processo Penal, que trata da correspondência interceptada, como hipótese legal de vedação de prova ilícita. Posteriormente, a vedação geral restou consagrada pela Constituição de 1988, em seu art. 5º, LVI, que reza: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito, englobados no termo, aqui genérico, as provas ilegítimas e ilícitas propriamente ditas.

Ocorre que, segundo o referido princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade, poderá restar anulada a vedação probatória se existirem outros valores que se igualem ou devam se sobrepor (de maior relevância) à vedação legal.

Assim, para esta teoria que, na verdade, tenta equilibrar as posições antagônicas de admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita, quando coexista outro interesse, como, *v.g.*, a gravidade de certos delitos ou a maior necessidade da repressão estatal, ou mesmo se determinada prova for privilegiada naquele processo, poderia ser admitida a prova obtida ilicitamente no processo.

Na jurisprudência alemã, vigora tal princípio (*Verhältnismässigkeitprinzip*), sob o fundamento de que a utilização de tais provas, em certas circunstâncias, trata-se de um direito estatal, devendo prevalecer a ordem social em detrimento de direitos individuais, já que o interesse coletivo justifica tal opção, mormente em delitos de maior gravidade ou em casos de criminalidade organizada.

A grande maioria dos países adota, em textos legislativos, tal teoria, mormente em leis de repressão à criminalidade organizada, e há quem defenda que a Constituição Brasileira de 1988, ao dispor que, sobre a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal, referindo-se às hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5º, XII), estaria consagrando a teoria da proporcionalidade, deixando uma "brecha" para que a lei autorizasse tal quebra de sigilo, para casos especiais, sem maiores formalidades. Argumenta-se que o legislador constitucional, para certas infrações, veda a graça e anistia e declara serem certas infrações imprescritíveis (art. 5º, XLIII e XLIV), o que demonstra que uma regra pode ser quebrada por exceções.

Deve-se considerar, segundo a teoria da proporcionalidade, que, em eventual conflito (mesmo aparente) entre garantias individuais, impõe-se a *prevalência do interesse maior a ser protegido, no caso concreto*.

Segundo CAMARGO ARANHA, "para tal teoria intermediária propomos uma nova denominação a do interesse preponderante. Em certas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses fundamentais relevantes, antagônicos e que a ela cumpre preservar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A

solução deve consultar o interesse que prevalecer e que, como tal, deve ser preservado". (18) (19)

Porém, boa parte da doutrina considera ser inadmissível qualquer violação de direitos individuais, sendo que, caso contrário, só existiriam direitos fundamentais protegidos em delitos de menor gravidade, havendo uma intolerável discricionariedade, dando azo ao arbítrio policial, violando, sobretudo, o princípio da inocência. (20)

Para ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, por exemplo, os referidos dispositivos constitucionais supracitados, que alguns tomam como autorizadores do princípio da proporcionalidade amplo, "trata-se, no entanto, de casos taxativos, não sendo possível inferir sua adoção generalizada, como regra permissiva de outras restrições a direitos fundamentais". (21)

Ultimamente a doutrina e jurisprudência brasileira, inclusive do Pretório Excelso, admitem o princípio da proporcionalidade somente em relação à defesa e, assim, a prova ilícita só seria admissível se viesse a favor da defesa, ou seja, *pro reo*, mas nunca a favor do Estado, ou *pro societate*. (22)

Conforme defende o autor supracitado, "no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é *superior*". (23)

ANTONIO SCARANCE FERNANDES, apesar de afirmar que o legislador constitucional teve por fim estancar o dissídio doutrinário e jurisprudencial sobre a

(18) Obra citada, p. 64.

(19) Citada pelo autor passagem de ementa do STJ que concluiu: "só tem lugar sem a observância do sistema constitucional e cairia no absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deva ser utilizado para proteger um marginal. Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do juiz, dentro de seu equilíbrio, de sua isenção, porque o juiz também é humano e percebe as coisas fora do processo" (HC 3982 RJ, Rel.Min. Adhemar Maciel, DJU, 26 dez. 1996, p. 4084).

(20) O anteprojeto de reforma do capítulo sobre provas do Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso, toma partido, em seu artigo 157, ao estabelecer, categoricamente, a inadmissibilidade das provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais. Porém, mesmo se promulgada tal reforma, ainda haverá desencontros na doutrina e jurisprudência, já que pode haver violação de uma norma constitucional em detrimento de cumprimento da outra, e, aí, poderia se defender a aplicação do princípio da proporcionalidade.

(21) Obra citada, p. 106.

(22) Em acórdão de 1997, assim decidiu o STF: "Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, cabe à parte o direito de vê-la desentranhada dos autos" (Tribunal Pleno, Min. Nery da Silveira, DJU, 20 jun.1997, p. 28.507).

(23) Obra citada, pp. 6 e 7.

admissibilidade das provas ilícitas, vedando-as expressamente, arremata que “é interessante mencionar duas hipóteses concretas que mostram a necessidade de se admitir critério da proporcionalidade”.

Exemplifica com caso verídico de violação de correspondência de preso em certo presídio, quando se descobriu plano de fuga e de um seqüestro de um Juiz de Direito, e com outro caso, em que o réu obtém interceptação telefônica, mas era a única forma de provar sua inocência.

Assim, no primeiro caso, sobre a violação de correspondência, prova ilícita, deve sobrepor a prevalência de se evitar fuga do presídio e o seqüestro do juiz, protegendo sua incolumidade física e sua vida e, na segunda, temos caso típico de prova ilícita *pro reo*, onde impera a ampla defesa.

Destarte, o doutrinador paulista, defende não só a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, mas também, em caso excepcional, uma adoção mais ampla do princípio da proporcionalidade, como no primeiro exemplo, onde haveria a admissibilidade da utilização da prova captada ilicitamente *pro societate*.

E argumenta: “a proporcionalidade verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito, aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo. Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada”.⁽²⁴⁾

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, por sua vez, critica a adoção do princípio da proporcionalidade somente *pro reo*, e argumenta: “... 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”.⁽²⁵⁾

E arremata: “Seja como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter relativo que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas”.⁽²⁶⁾

E se constatada pelo juiz a presença de prova ilícita? Qual a solução?

Tudo dependerá do momento desta constatação. Uma vez verificada a ilicitude da prova no momento de sua aquisição para o processo, o juiz não pode aceitá-la, devendo indeferir sua produção ou rejeitar a aquisição, pois esta será uma prova *inadmissível* na forma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, mas, caso

⁽²⁴⁾ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 2ª. ed., S.P., RT, 2000, pp.81/ 82.

⁽²⁵⁾ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. In *Revista do Ministério Público*, nº 4, PGJ-RJ, 1996, p. 105.

⁽²⁶⁾ Obra citada, p. 106.

tal ilicitude venha a ser constatada após a incorporação da prova ao processo, o juiz não poderá levá-la em conta ao formar seu convencimento, devendo *excluí-la* do processo, dando-se o desentranhamento, por interpretação extensiva ao art. 145, IV, que aponta a mesma solução para o documento falso. ⁽²⁷⁾

Em consequência deste raciocínio, a prova ilícita colhida no inquérito não deve ser utilizada pelo *Parquet* para oferecer a denúncia, podendo, entretanto, ainda se utilizar do inquérito se outras provas existirem para iniciar a ação penal, e em havendo aduzimento da acusação, com início da ação penal, inobstante a presença da prova ilícita, o caso será de solução via *habeas corpus*, mas sempre ressaltando aquelas hipóteses de aplicação da teoria ou princípio da proporcionalidade, quando poderia, segundo respeitável corrente, ser admissível a prova ilícita.

A questão irá trazer dificuldades no julgamento pelo Tribunal do Júri, como lembra SCARANCE FERNANDES. Se na fase do *judicium accusationis*, não haverá maiores problemas, pois, no momento da pronúncia, a prova poderá ser excluída; no *judicium causae*, já em plenário, não se poderá saber a influência daquela prova no julgamento, já que os jurados não fundamentam sua decisão e, assim, “o tribunal, em *habeas corpus* ou *recurso*, deverá determinar o desentranhamento e, em seguida, anular o julgamento para que outro se efetive. Não tem o Tribunal condições de avaliar o grau de influência da prova sobre os jurados.” ⁽²⁸⁾

Como visto, estritamente, prova ilícita é aquela produzida em desacordo com as garantias constitucionais ou conflitante com leis materiais, como aquelas obtidas mediante tortura, com infringência à preservação da intimidade ou obtidas através de violação do domicílio.

Entre as mais comuns formas de ilicitudes da prova penal, temos os métodos ilícitos ou amorais de *interrogatórios*. A tortura, que, anteriormente, já foi tida como meio lícito de interrogatório ⁽²⁹⁾, passou, historicamente, a ser meio de prova vedado, bastando se atentar para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que previa, no art. 5º, que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante*. No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, III, dispôs que “*Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*” e prevê o crime de tortura como inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5º, XLIII).

Sob influência do direito anglo- americano (*privilege against self-incrimination*), a Constituição de 1988 também consagrou a garantia do silêncio ou da não auto-

⁽²⁷⁾ O anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, no que tange às provas, em tramitação no Congresso, em seu artigo 157, estabelece, de forma expressa, que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas, as provas ilícitas...”

⁽²⁸⁾ Obra citada, p. 86.

⁽²⁹⁾ Na Idade Média, com a Inquisição, mormente na “jurisdição eclesiástica”, houve o aperfeiçoamento da tortura como meio de se obter a confissão do réu, tendo como fundamento numa pseudo “inspiração divina” que autorizasse a utilização de tal método.

incriminação em seu artigo 5º, LXIII: *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.*

Aliás, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, § 2º, g, dispõe que *toda a pessoa acusada de delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma ou de declarar-se culpada.*

De se notar que tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido que, embora a regra constitucional se refira ao preso, a garantia abrange *qualquer pessoa que venha a poder ser incriminada, mesmo que ainda esteja na simples posição de investigado ou mesmo de mera testemunha ou informante.*

O Código de Processo Penal era dúbio a respeito, pois, apesar do art.186 dispor sobre o direito ao silêncio, alertava que *este poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa*, na parte final do dispositivo, hoje guarda manifesta incompatibilidade com o novo texto constitucional, da mesma forma que a parte final do artigo 198 do Código de Processo Penal, *verbis*: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. (grifo meu)

Em corolário, como limitação à prova de acusação, não se tem admitido, também, *intervenções corporais* sem o consentimento do acusado, como, *v.g.*, exames laboratoriais, teste de bafômetro ou exames de DNA e, até mesmo, a impositão ao indiciado de exame grafotécnico.⁽³⁰⁾

Trata-se, segundo a doutrina dominante, de mais um dos efeitos do direito à *não auto-incriminação*, pois, conforme defende ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ser assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. Em matéria civil, a questão tem sido resolvida segundo as regras de divisão do ônus da prova, mas no âmbito criminal diante da presunção de inocência, não se pode contranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a verdade do fato.”⁽³¹⁾

Costuma-se invocar o direito norte-americano como a origem ou fonte de influência do *privilege against self-incrimination* entre nós, mas, como bem observa, com a acuidade de sempre, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “ importa notar que entre nós se vem dando à garantia extensão maior que no seu próprio berço. É o que sucede quando se extrai do direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado, a inadmissibilidade de provas que não se relacionam com aquilo que o indiciado ou o acusado *diz*. Sirvam de exemplo as impugnações que se têm levantado à utilização de aparelhos destinados a medir o teor da intoxicação por álcool, à exigência do fornecimento de padrões gráficos, e assim por diante.

⁽³⁰⁾ Neste sentido, recente acórdão do STF de 8.09.1998, HC 77.135.

⁽³¹⁾ Obra citada, p. 19.

Como antes se demonstrou, tal entendimento não acha apoio no direito norte-americano, nem pode, portanto, ser atribuído, *sic et simpliciter*, à sua influência".

(32)

Há de se ter como imorais, outrossim, meios de prova como o detetor de mentiras, o soro da verdade e a hipnose.

Muito comum, como exemplo de ilicitude de prova, as hipóteses de *violação de domicílio*, mormente através de prisões ou buscas em detrimento do art.5º, XI da Constituição Federal, *verbis*: *A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial."*

Assim, só se admite a violação domiciliar (para fins penais, deve-se ter em conta a definição de casa do art. 150, § 4º, do Código Penal), **durante a noite**, em havendo **flagrante delito, hipóteses de desastres ou de estado de necessidade para fins de prestar socorro ou, durante o dia**, mediante **mandado judicial**, além das hipóteses já acima citadas.

Muito se tem discutido, ultimamente, em relação à inviolabilidade do *sigilo das comunicações*, que, se antes, limitava-se às cartas ou correspondências escritas, com o progresso atingiu uma grande gama de meios, como a telefonia, o telégrafo e o envio de dados informatizados.

Em relação às cartas, o Código de Processo Penal dispõe, em seu artigo 233, que *as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.* (33)

Porém, em outro momento, no art. 240, § 1º, f, traz uma exceção, ou seja, autoriza a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado, ou em seu poder, *quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.*

Com a Constituição de 1988, o sigilo da correspondência toma contornos de garantia absoluta, como se vê do art. 5º, XII: *É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Assim, o último dispositivo citado é tido por parte da doutrina como inconstitucional, pois existiria vedação absoluta na utilização da correspondência, mesmo no caso ali previsto.

Porém, deve ser distinguido se a carta ainda estava sendo destinada (em encaminhamento) ao destinatário ou se já estava em seu poder, já tendo o mesmo aberto a correspondência recebida, pois, conforme TORQUATO AVOLIO, "... uma

(32) MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O processo penal norte-americano e sua influência", in *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, PGJ-RJ, n° 12, jan-dez. de 2000, p. 99.

(33) A não ser, como ressaltava a doutrina e jurisprudência, se for a única prova útil à defesa, e, assim, o réu, ao obtê-la praticando um fato típico, estaria amparado por uma exclusão de ilicitude.

vez recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previstos em lei".⁽³⁴⁾

Consoante ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ao comentar o referido texto constitucional: "à simples leitura, constata-se que a garantia é absoluta em relação à correspondência, às comunicações telegráficas e os dados informatizados, enquanto pode comportar exceções desde que previstas em lei e resultantes de ordem judicial, no que tange à comunicação por via telefônica".⁽³⁵⁾

No que tange à interceptação telefônica, constitui valioso instrumento de investigação e de prova contra o chamado crime organizado, o que tem gerado grande discussão doutrinária e divergências jurisprudenciais sobre sua utilização.

Explica-se: antes do advento da Constituição de 1988, tínhamos o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, no artigo 56, § 2º, autorizava que os *serviços fiscais das estações e postos oficiais poderiam interceptar telecomunicação, não se constituindo em violação (art. 57, II, e) o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.*

Assim, indagava-se se tal dispositivo teria sido recebido pela Constituição, bastando ao juiz fazer a requisição na forma do Código de Telecomunicações, acabando o Supremo Tribunal Federal, em apertada votação⁽³⁶⁾, por concluir que não, pois necessária era nova lei que viesse a regulamentar o texto constitucional, fixando as hipóteses e formas da interceptação a serem deferidas por ordem judicial.

A questão foi resolvida com o advento da Lei 9.296 de 24.07.1996, que passou a tratar da matéria como exigia o texto constitucional, admitindo a interceptação telefônica, desde que haja:

1. Autorização judicial, por solicitação do Ministério Público ou outra Autoridade;
2. Demonstração de existência de indícios razoáveis de autoria na participação do fato investigado ou a ser investigado;
3. Investigação, em tese, de crime apenado com reclusão.

Em havendo interceptação telefônica sem o cumprimento destes requisitos, esta se constituirá em prova ilícita e não poderá ser utilizada no processo.⁽³⁷⁾

⁽³⁴⁾ Obra citada, pp. 230/231.

⁽³⁵⁾ Obra citada, p. 122.

⁽³⁶⁾ *Habeas Corpus* 69.912-0-RS.

⁽³⁷⁾ Note-se que o STF tem mitigado a rigidez absoluta do dispositivo constitucional e da lei 9.296/96, sendo que, em caso de interceptação ilícita onde foi descoberta prova contra outra pessoa que não aquela que a interceptação visava, considerou a prova lícita. Neste caso, o STF considerou válida escuta em telefone de concubina de traficante, mesmo não havendo individualização na autorização judicial do meliante. (HC 78.098/ DF, Rel. Min. Moreira Alves, in *Informativo STF*, 134).

Note-se ser necessário diferenciar as várias formas da captação eletrônica da prova. Se há interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o consentimento dos interlocutores, temos o *grampeamento* ou interceptação telefônica propriamente dita ou *stricto sensu*. Por outro lado, pode haver a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um ou dos interlocutores, o que se pode denominar *escuta telefônica*.

Havendo captação oculta ou sub-reptícia da conversa **entre presentes**, por terceiro, dentro do local onde se realiza a conversa, temos o que se denomina interceptação **ambiental**.

Duas questões merecem reflexão: a primeira diz respeito à indagação se, autorizada uma interceptação telefônica e efetuada na forma que preceitua a lei, é descoberto outro crime diverso daquele que justificou a medida, como, *v.g.*, autorizada para investigação de tráfico, descobre-se um seqüestro. Seria válida tal prova?

Se interpretada a lei de forma rigorosa, não seria possível a utilização desta prova, mas, para alguns, seria admitida, pois a origem da interceptação foi lícita.

Melhor o meio termo. Conforme SCARANCE FERNANDES, "Busca a doutrina situar a questão num ponto médio. Admite possível ilicitude por desvio do objeto da interceptação ou busca autorizada, mas nem toda a prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita. O critério aventado é o da existência de nexo entre os dois crimes".⁽³⁸⁾

Neste sentido, LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI, denominando tal situação de *encontro fortuito*, e defendendo que, mesmo não havendo conexão, a descoberta vale como *notitia criminis* para se iniciar a investigação.⁽³⁹⁾

Obviamente que, em um encontro fortuito de outra prova, simplesmente desconhecer a gravidade de um crime de seqüestro ou, *v.g.*, de homicídio, que também atacam bens constitucionalmente protegidos, seria uma irracionalidade, e a consideração da prova aqui também passa pela necessária adoção de um princípio que desfaça a rigidez absoluta da vedação da prova ilícita, como o princípio da proporcionalidade.

A segunda questão refere-se à utilização ou transposição da prova obtida mediante interceptação regular ou lícita, autorizada por juiz de determinado processo criminal, *para outro processo* (prova emprestada). Seria possível?

Nenhuma dificuldade haverá, se se tratar do mesmo acusado nos dois processos, tendo sido aquela prova obtida mediante o crivo do contraditório, podendo, assim, ser utilizada a interceptação como prova emprestada, limitando-se o valor atribuído a este tipo de prova.

⁽³⁸⁾ Obra citada, p. 94.

⁽³⁹⁾ Cf. GOMES, Luis Flávio e outro. *Interceptação Telefônica - Lei 9296 de 24.07.96*, São Paulo, RT, 1997, pp. 193/194.

Quanto à utilização em processo cível, autores como VICENTE GRECO FILHO entendem não ser possível a utilização, por ser uma forma de, por via oblíqua, desobedecer a norma constitucional. ⁽⁴⁰⁾

Argumenta-se que no art. 5º XII, *in fine*, só se admite a interceptação para o processo penal, e daí, não ser admitida no Cível aquela *prova ali produzida, mesmo se nos moldes da lei*.

Assim não pensamos, dado o princípio da *unidade* do processo, já que todos os ramos advêm de um mesmo tronco. A norma constitucional em apreço só autoriza a interceptação para a apuração de crimes, mas não veda a utilização da prova *emprestada*, mormente porque o sigilo foi quebrado licitamente.

Se o réu do processo criminal é a parte contra quem se dirigirá a prova no processo cível, nenhuma objeção há de se fazer. Ora, a interceptação foi lícita e, assim, não vemos motivo para a não admissão da prova. Imagine-se o exemplo de ser necessária a utilização da sentença penal, que serve de título executório no cível, para execução neste Juízo. A própria lei processual estabelece a possibilidade de se utilizar tal sentença condenatória no cível, para fins de ressarcimento de dano (art. 63 do Código de Processo Penal). ⁽⁴¹⁾

Obviamente que não poderá haver impugnação daquela sentença criminal, sob o argumento de que baseada em interceptação telefônica, até porque, como sabiamente argumenta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, existe a *coisa julgada*, pois “tudo que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução”. ⁽⁴²⁾

Ainda em relação à coleta da prova telefônica, é de se considerar, ainda, que, se aquele que conversa com interlocutor (destinatário) tem conhecimento da presença e identidade do terceiro que efetua a captação, não há violação de segredo e *interceptação* propriamente dita, e sim uma *escuta telefônica*, e, o mesmo se diga de terceiro que ouça a conversa, mesmo ignorado pelos interlocutores, mas se fazendo perceptível, o que se denomina *escuta ambiental*. ⁽⁴³⁾

Inobstante isto, CAMARGO ARANHA entende que esta prova seria ilícita, por afrontar a Constituição e a Lei 9.296/96, dando como exemplo caso de seqüestro quando é autorizada a escuta por parte de parentes da vítima, que negociam com o seqüestrador. ⁽⁴⁴⁾

Porém, estamos com TORQUATO AVOLIO, já que, aqui, não há, propriamente, interceptação, considerando, ainda, que, segundo corrente respeitável a que aderimos, a vítima e seus parentes, no caso, estão em *estado de necessidade*, o que se revestiria em justa causa para aquele atuar e, ainda, acrescentamos, em se

⁽⁴⁰⁾ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica - Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 23/24.

⁽⁴¹⁾ Defendem a possibilidade de utilização ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, na obra já citada, p. 194.

⁽⁴²⁾ Obra citada, p. 112.

⁽⁴³⁾ Cf., neste sentido, LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, obra citada, p. 105.

⁽⁴⁴⁾ Obra citada, p. 57.

tratando de seqüestro, *v.g.*, estaria o agente em flagrante delito, pois trata-se de crime permanente, sendo que a Constituição, neste caso, admite até mesmo a prisão com violação de domicílio.

Pode ocorrer, ainda, a mera *gravação clandestina*, e não a interceptação, da conversa telefônica por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, que pode ser entre *presentes* ou não.

Neste caso não há que se falar em interceptação, pois, conforme definição de LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, em sentido amplo interceptação é “a captação da conversação entre duas pessoas, executada por terceiro.”⁽⁴⁵⁾

A interceptação exige sempre a presença do terceiro, que fará a escuta ou a gravação, sendo que, se é um dos interlocutores que grava a sua própria conversa com outrem ocultamente, não haverá interceptação, mas mera *gravação clandestina*, sendo que esta última não se encontra protegida pela garantia do dispositivo constitucional, não configurando crime e, assim, tão-somente a divulgação da conversa é que poderá configurar uma *violação de segredo* e, se tal ocorrer, poderá ser ilícita como prova, desde que o agente não esteja ao amparo de uma excludente de ilicitude ou justa causa (*v.g.*, a única forma da vítima provar que estava sendo extorquida ou chantageada era gravar a conversa).

Neste sentido, LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO: “a gravação clandestina não encontra óbice legal à sua admissibilidade no processo penal, enquanto meio atípico de prova, assim como outros meios não previstos em lei, a exemplo das perícias com base no DNA, hoje disseminadas no âmbito da moderna polícia científica como eficiente instrumento para o esclarecimento dos crimes”.⁽⁴⁶⁾

Mas tudo dependerá se houve ou não afronta às garantias constitucionais, devendo ser preservado o princípio da intimidade e do direito ao silêncio, com o corolário de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou *v.g.*, a obrigação de guarda de sigilo imposta por lei.”⁽⁴⁷⁾

Estando patente um destes vícios, também esta prova inominada será ilícita, só podendo ser utilizada aplicando-se o princípio da proporcionalidade, sendo admitida pro reo, ou mesmo se for demonstrada justa causa, legítima defesa ou estado de necessidade por parte daquele que se utilizou da gravação, ou, ainda, em caso extremos, for utilizado o princípio da proporcionalidade *pro societate*.

Segundo defende TORQUATO AVOLIO, “num caso de extorsão, a gravação clandestina de conversa própria, conquanto ilícita, serviria para demonstrar a inocência do extorquido, mas não incriminar o autor da coação”.

Não concordamos com o raciocínio, pois pensamos que, neste caso, a prova deve ser considerada lícita para ambos os fins: ou um coisa é ou não é, não podendo ter este caráter de ambigüidade.

⁽⁴⁵⁾ Obra citada, p. 100.

⁽⁴⁶⁾ Obra citada, p. 219.

⁽⁴⁷⁾ Obra citada, p. 221.

Apesar de que, hoje, boa parte da doutrina se inclina no sentido do ponto de vista contrário a este, existem posições doutrinárias que amparam nossa posição, entendendo que, aqui, não há violação do dispositivo constitucional e que, se assim fosse, geraria impunidade e intransigibilidade social.

Recentemente, o STF, apreciando *Habeas Corpus* impetrado a favor de juiz que procurava extorquir uma pessoa que gravou a conversa, e com base neste elemento delatou o magistrado, provocando o seu processamento, entendeu, com base no voto do Relator Nelson Jobim, que não haveria afronta ao art. 5º, XII, da CF, pois ali não haveria *interceptação de conversa telefônica por terceiros*, sendo a ordem indeferida. ⁽⁴⁸⁾

Com efeito, a questão merece maior reflexão, sendo que vários julgados admitem tal prova, uma vez que a vítima estaria em verdadeiro estado de necessidade, e a única forma de se obter a punição do agente seria a gravação clandestina, *v.g.* caso que acompanhamos, em que o filho era molestado sexualmente pelo pai e ninguém acreditava em suas denúncias, vindo a ser feita a gravação, o que comprovou o delito. Deveria o criminoso ficar impune e ainda detentor do pátrio poder?

Quanto à interceptação ambiental, feita em lugar público, pode ser perfeitamente utilizada como meio de prova, o que se tem tornado comum, como se vê em reportagens televisivas onde se comprova corrupção ativa em órgãos públicos, estando a vítima ou o repórter com microfone e câmera escondidos.

Segundo TORQUATO AVOLIO:

“ Não há que se objetar contra a validade desse meio de prova em se tratando de captação de sons e imagens em locais públicos, merecendo a mesma acolhida em juízo que o testemunho ou a fotografia. Sob o ponto de vista da sua autenticidade, a tecnologia já possibilita condições para sua aferição”.

⁽⁴⁹⁾

Porém, se a gravação se deu no interior de domicílio, a doutrina já entende que tal prova não poderá ser utilizada, pois se tornaria ilícita por afronta à inviolabilidade domiciliar prevista na Constituição. Mesmo se estiver ocorrendo um crime (flagrante delito), o que é excepcionado pela Constituição para se dar a prisão, segmento doutrinário não admite a utilização de tal prova. ⁽⁵⁰⁾

Entendemos que, se a própria Constituição autoriza, inclusive, a prisão com violação do domicílio na hipótese de flagrante delito (art. 5º, inc. XI), ou seja, admite até a *restrição da liberdade da pessoa*, por consequência, não se pode afirmar

⁽⁴⁸⁾ HC 75.338-RJ, julgado em 11.03.1998, e publicado no *Informativo STF* de 19.03.1998.

⁽⁴⁹⁾ Obra citada, p. 225.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, TORQUATO AVOLIO, na obra citada, p. 226.

que uma gravação flagrantial da prática do crime seja ilícita, podendo, neste caso, ser utilizada como prova.

Questão tormentosa é de se saber se seria possível a interceptação de dados de informática, sendo que, como já visto, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO sustenta que o texto constitucional somente excepcionou a interceptação telefônica e não a de dados.

Ocorre que o artigo 1º da Lei 9.296/96, dispõe que “o disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

Defendendo a inconstitucionalidade de tal dispositivo, justifica o ilustre doutrinador que “... uma vez que a Constituição, no art. 5º, XII, traz como regra a inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, só excepcionando, *no último caso, ou seja, em relação às comunicações telefônicas propriamente ditas...*”

Assevere-se que, em se tratando de comunicação via Internet, a regra é que o sistema funcione através de linha telefônica, admitindo-se, a nosso ver, a interceptação de tal comunicação, desde que previamente autorizada judicialmente, na forma da lei.

De outra parte, há de se distinguir entre sigilo de banco de dados e interceptação das comunicações de dados, pois, conforme bem esclarece TORQUATO AVOLIO, “enquanto estas são invioláveis, a teor do art. 5º, inciso XII, parte final da Constituição..., a quebra do sigilo dos dados constantes de arquivos estanques pode ser autorizada judicialmente, nos casos previstos em lei”.⁽⁵¹⁾

Assim, pode ser autorizada judicialmente a violação do sigilo bancário, de contas telefônicas com registros de ligações, podendo o legítimo detentor, inexistindo obrigação de sigilo, inclusive, trazer tais dados ao processo.

No que se refere à correspondência eletrônica (*e-mail*), abstraindo-se do fato de ser ou não ser a mesma enviada através de linha telefônica, a solução será a mesma, pois, se já arquivada em disco rígido do computador, poderia dar-se a apreensão e utilização como prova, pois trata-se de dados estanques.

A hipótese é a mesma da correspondência comum, pois, conforme TORQUATO AVOLIO, “interceptar correspondência significa desvendar o seu conteúdo antes que ela alcance o destinatário, o que constitui, ademais, crime de violação de correspondência. Até então, o sigilo da correspondência, que poderia ser chamado inviolabilidade das comunicações postais, é mesmo uma vedação de caráter absoluto. Já uma vez recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previstos em lei”.⁽⁵²⁾

No que se refere à comunicação via Internet, é de se observar que esta se opera via transmissão telefônica e, assim, é perfeitamente coerente a interpretação

⁽⁵¹⁾ Obra citada, p. 227.

⁽⁵²⁾ Obra citada, p. 230/231.

de que seria cabível a prévia autorização judicial, na forma da Lei 9.296/96, e, desta forma interceptada, seria a prova lícita.

Questão que também muito atormenta a doutrina e a jurisprudência pátrias é a relativa à extensão da inadmissibilidade da prova ilícita, ou seja, se somente a prova ilícita deve ser inadmitida ou excluída do processo ou também aquelas provas que *derivam* da mesma.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América ⁽⁵³⁾ formulou a *fruit of the poisonous tree doctrine*, ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada, que, basicamente, consiste em que, havendo uma origem ilícita, *v.g.*, uma investigação eivada de inconstitucionalidade, toda a prova decorrente desta, mesmo que não ilícita em si, não poderá ser admitida, pois já estaria contaminada.

Ocorre que a adoção plena desta teoria acaba por dificultar demasiadamente a apuração dos fatos delituosos, dando um efeito por demais exagerado ao reconhecimento de ilicitude de uma prova, tanto assim que países como a Alemanha, apesar de reconhecer que todo o desenrolar da coleta da prova ilícita não deve ser aceito no processo (*v.g.*, reconhecida a ilicitude de uma gravação telefônica, *todas as declaraciones ali constantes* não podem ser admitidas como prova) aceita, no entanto, a validade de *factos novos* advindos no prosseguir desta gravação, pois estes não seriam, em si, obtidos ilicitamente. Da mesma forma, como já salientado, se houve uma gravação telefônica autorizada judicialmente, se é descoberto, através desta, outro crime que não o investigado, esta prova poderá ser válida.

Para MIRABETE, "como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do direito constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva." ⁽⁵⁴⁾

Entretanto, a maioria da doutrina se inclina pela adoção da teoria da árvore dos frutos proibidos, como se vê dos ensinamentos de ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO. ⁽⁵⁵⁾

A este respeito, assim se pronunciou LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO:

"...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." ⁽⁵⁶⁾

⁽⁵³⁾ No julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. USA*.

⁽⁵⁴⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini. "As provas ilícitas e o sigilo bancário", in *Livro de Estudos Jurídicos*, RJ, IEJ, v. 5, 1989, pp. 173/174.

⁽⁵⁵⁾ Cf. obras citadas.

⁽⁵⁶⁾ Obra citada, p. 78.

Porém, a solução do tema não tem sido tranqüila na jurisprudência, sendo que, em julgado de 1993, o STF entendeu, mesmo por pequena maioria, que não se pode aplicar tal teoria, sendo obtida outra prova a partir da prova ilícita, ou existindo prova colhida judicialmente que corroborasse a prática delituosa. ⁽⁵⁷⁾

Posteriormente, em duas outras decisões, o STF se inclinou no sentido de não admissão da prova ilícita por derivação. ⁽⁵⁸⁾

Entretanto, a questão ainda permanece longe de ser tranqüila, seja em sede doutrinária ou em sede jurisprudencial. ⁽⁵⁹⁾

Como bem ressalta SCARANCA FERNANDES, " Não há, por enquanto, posição firme a respeito...posição muito rigorosa nesse sentido não se mostrou inteiramente adequada. Já se aventou a hipótese de pessoas ligadas a organização criminosa, até mesmo policiais, poderem forjar uma prova ilícita para, com isso, impedir o sucesso de investigação em andamento. Dessa forma, tudo o que viesse a ser depois obtido seria considerado ilícito." ⁽⁶⁰⁾

Mesmo nos EUA, colocam-se restrições contra a adoção irrestrita da chamada teoria da árvore dos frutos proibidos ou envenenados, com as limitações da *independent source* e da *inevitable discovery*, ou seja, sendo frágil ou tênue a conexão entre a prova lícita original, não havendo estrita relação de causa e efeito entre as que se seguem, poderiam ser admitidas, mormente naqueles casos em que haveria possibilidade de se chegar à prova de forma independente.

Obviamente que não se pode negar que a prova derivada de uma prova ilícita, a princípio, está igualmente contaminada, até por uma relação de causa e efeito, mas, porém é preciso mitigar a extensão dada à ilicitude, evitando-se adotar a solução drástica a qualquer preço. Assim, *v.g.* se reconhecida a ilicitude de uma gravação telefônica por não ser autorizada judicialmente, *esta não será admitida ou deve ser excluída do processo, mas outras provas que dê embasamento à acusação devem ser mantidas, pois continuam válidas, já que não foram obtidas através daquela gravação.* ⁽⁶¹⁾

⁽⁵⁷⁾ HC 69.912-RS, publicado no DJU de 26.11.1993.

⁽⁵⁸⁾ HC 69.912-RS e 73.351-SP (Informativos do STF 30 e 36 de 15.05.96 e 21.06.96, respectivamente).

⁽⁵⁹⁾ O projeto de Reforma do Código de Processo Penal, relativo às provas, em tramitação no Congresso, inova ao dispor que "Art. 157, § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras." Assim, se aprovado o projeto, passará ser adotado, infraconstitucionalmente, o princípio dos frutos da árvore envenenada.

⁽⁶⁰⁾ Obra citada, p. 83.

⁽⁶¹⁾ No Estado do Rio de Janeiro, funcionamos, como Promotor, em noticiado caso de processo instaurado por corrupção ativa dos chamados "banqueiros do jogo de bicho"; em um presídio, onde feita uma gravação reconhecida como ilícita pelo STF, esta foi retirada do processo, mas este continuou, com base em outras provas obtidas independentemente da gravação. No HC 77.147-RJ, relator o Min. Néri da Silveira, julgado em 25.08.98, fixou-se que "A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei 9.296/96) não basta à invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita. Vencido o Ministro Marco Aurélio, sob o entendimento de que, na espécie, as demais provas foram obtidas a partir da prova ilícita." (*Informativo STF*)

Em relação à prova ilícita, temos para nós que, paulatinamente, a radical interpretação da vedação inculpada na Carta Magna vem sendo repensada e “temperada” pela mais recente doutrina ⁽⁶²⁾ e por setores da jurisprudência. ⁽⁶³⁾

Como bem coloca JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a respeito da teoria dos frutos da árvore envenenada, não se deve importá-la de maneira passiva e acrítica, e indaga: “Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais – sobretudo na área constantemente em expansão, da criminalidade organizada – ...devemos confessar, de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal), em dar combate eficiente à praga do tráfico-combate que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional” ... ⁽⁶⁴⁾

Realmente, todas estas questões colocadas sobre a prova ilícita ainda irão gerar embates doutrinários e exigirão, em breve, uma posição mais clara (até sumular) do Supremo Tribunal Federal.

Se, de um lado, devem ser preservados direitos e garantias individuais, outras garantias e princípios constitucionais também devem ser protegidos; daí pensarmos que, sem dúvida, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, não só *pro reo*, mas excepcionalmente, como ocorre em outros países, mormente quando concorrerem garantias e princípios constitucionais, poderá ser utilizado *pro societate*.

Em recente artigo doutrinário, SERGIO DEMORO HAMILTON, após críticas sobre a extensão dada à regra constitucional, assim conclui:

.....
“h) muito embora a Carta Política de 1988 não tenha feito expressa menção ao Princípio da Razoabilidade, ele integra, de modo implícito, o sistema que ela adota;
.....

m) em consequência do exposto, não vislumbro razão plausível para que não se adote, igualmente, a Teoria da Proporcionalidade *pro societate*;

n) a *Exclusionary Rule* (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente) não é tomada

⁽⁶²⁾ Vejam as posições de CAMARGO ARANHA, SCARANCE FERNANDES e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA em obras já citadas.

⁽⁶³⁾ Em sentido inverso, a pretendida reforma pontual do Código, no projeto de lei em tramitação no Congresso, radicaliza, a ponto de considerar impedido “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita”, sendo que este não poderá proferir a sentença (§ 3º do art. 157).

⁽⁶⁴⁾ Obra citada, pp. 113/114.

em termos absolutos nem mesmo nos Estados Unidos, onde incoorre unanimidade a respeito de sua adoção;

o) os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal não podem revestir sentido absoluto, diante do princípio da convivência da liberdade, impondo-se, por tal motivo, uma interpretação harmônica dos bens jurídicos em contraste. É caso da aplicação do brocardo segundo o qual "meu direito termina onde começa o do próprio";

p) a Constituição Federal protege o direito; não o abuso de direito;

q) a Lei Maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos e garantias individuais de criminosos;" ⁽⁶⁵⁾

.....

Melhor seria, como defende o ilustre doutrinador, que o legislador constitucional, ao fim do dispositivo, tivesse colocado a ressalva "na forma da lei" e, assim, o legislador ordinário poderia mitigar a vedação, melhor regulando a matéria, abrangendo casos excepcionais. ⁽⁶⁶⁾

Não tendo assim agido, cabe à doutrina e, especialmente, à jurisprudência impor interpretação razoável ao dispositivo constitucional, pois, consoante ensina LUÍS ROBERTO BARROSO, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade faz parte do Direito Constitucional pátrio e, assim, pode ser aplicado pelo intérprete ao caso concreto, pois "integra de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito." ⁽⁶⁷⁾

O papel de interpretar e mitigar o princípio constitucional, entre nós, deve ser reservado à doutrina e a uma interpretação jurisprudencial adequada, uma vez que não foi a norma constitucional colocada como de "eficácia contida", em

⁽⁶⁵⁾ HAMILTON, Sergio Demoro. "As prova ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito", in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 11, PGJ-RJ, jan/jun 2000, pp. 264/265.

⁽⁶⁶⁾ Cf. obra citada, p. 263.

⁽⁶⁷⁾ BARROSO, Luís Roberto. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional*, in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 4, PGJ-RJ, 1996, p. 174.

vista, sobretudo, da limitação imposta pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que não admite emendas que venham a abolir direitos e garantias individuais.

A questão está em saber se uma melhor adequação do dispositivo, via emenda constitucional, remetendo às restrições impostas por posteriores leis ordinárias, poderia ser considerada "abolição" do direito ou garantia, impossível em se tratando de cláusula pétreia, já que, em sua essência, continuaria imperando como regra, lembrando LUIS ROBERTO BARROSO, que acentua que nos EUA "por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial".⁽⁶⁸⁾

(68) Obra citada, p. 257.

(*) MARCELLUS POLASTRI LIMA é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal da Universidade Estácio de Sá - Campus Centro e Professor Convidado de Processo Penal da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.
