

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO DAS FACULDADES
INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE – SP – DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

**PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO
PROCESSO PENAL**

José Carlos de Oliveira Junior

Presidente Prudente/SP

2014

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO DAS FACULDADES
INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE – SP – DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

**PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO
PROCESSO PENAL**

José Carlos de Oliveira Junior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2014

PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do título de Especialista em
Direito Penal e Direito Processual Penal, a
nível de Pós-Graduação *latu sensu*.

Prof. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, de de 2014

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha família, que com seu amor e carinho propiciaram-me as condições de freqüentar e concluir este Curso de Pós Graduação de forma serena, sendo pacientes em minhas ausências e firmes no apoio e confiança no êxito da jornada, em que pese a grande carga de trabalho de nosso cotidiano e minhas limitações pessoais.

Dedico de igual maneira, certo de que não poderia deixar de mencionar os amigos e policiais civis que compõem a Delegacia Seccional de Policia de Presidente Prudente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, especialmente na pessoa do Doutor Rodrigo Lemos Arteiro, pelo empenho, dedicação e estímulo, durante todo o período do curso.

Ao meu orientador e amigo, Dr. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, pela paciência, parcimônia e competência, que foram fundamentais à conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal o exame criterioso da utilização das interceptações telefônicas como prova no processo penal e o entendimento dos Tribunais brasileiros sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de provas colhidas em detrimento dos procedimentos legais elencados na Lei n. 9.296/96. A pesquisa se inicia na análise do instituto da prova e no conhecimento da origem histórica dos direitos fundamentais, com a intenção de aprofundar o entendimento dos Princípios Constitucionais que direcionam a decisão final do magistrado em aceitar ou não uma prova que não atenda os preceitos legais no momento de seu acolhimento no processo. Na sequência, estuda o princípio e a teoria da proporcionalidade quando o mesmo é aplicado, na aceitação de provas ilícitas, em defesa do indivíduo *pro reo* e em defesa da sociedade *pro societate*, demonstrando a posição do magistrado frente às situações de conflitos entre os direitos fundamentais direcionados ao indivíduo e proteção da sociedade frente às ações individuais. Finaliza trazendo o conceito, natureza jurídica e os requisitos necessários para o consentimento da interceptação telefônica, bem como os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal diante dos vários casos em que as provas ilícitas são motivos de fervorosas discussões no mundo jurídico.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Processo penal. Provas ilícitas.

ABSTRACT

This study's main objective is the careful examination of the use of telephone intercepts as evidence in criminal proceedings, and the understanding of the Brazilian courts on the admissibility or inadmissibility of evidence collected at the expense of legal proceedings listed in Law. 9.296/96. The search starts at the institute's analysis of the evidence and knowledge of the historical origin of fundamental rights, with the intention of deepening the understanding of Constitutional Principles that guide the final decision of the magistrate to accept or not an event that does not meet the legal requirements in moment of its host in the process. Further , studies the theory and principle of proportionality when it is applied , the acceptance of illegal evidence in defense of the individual pro reo and defense company pro societate, showing the position of magistrate face of situations of conflicts between fundamental rights directed to the individual and protection of society against the individual actions. Finishes bringing the concept, nature and legal requirements for the consent of interception, as well as the positions of the Superior Court and the Supreme Court on the various cases in which the evidence of illicit motives are fervent discussions in the legal world.

Keywords: Intercept phone. Criminal procedure. Illicit evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DAS PROVAS ILÍCITAS.....	12
2.1 Breves Considerações Sobre a Prova	12
2.2 O Conceito de Prova Proibida, Prova Ilegítima e Prova Ilícita.....	17
2.3 A Evolução da Prova Ilícita e a Previsão Constitucional	19
3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	26
3.1 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais	26
3.2 Os Princípios Constitucionais e os Direitos Fundamentais	30
3.2.1 A diferença entre regras e princípios.....	30
3.2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana	31
3.2.3 O princípio da legalidade.....	34
3.2.4 O princípio do devido processo legal	35
3.2.5 O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas	37
3.2.6 O princípio e a teoria da proporcionalidade.....	39
3.2.6.1 Provas ilícitas “Pro reo”	41
3.2.6.2 Provas ilícitas “Pro societate”	46
4. DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E A ANÁLISE JURISPRIDENCIAL..	50
4.1 Conceito e Natureza Jurídica da Interceptação Telefônica	50
4.2 Requisitos Necessários para o Consentimento da Interceptação Telefônica.....	53
4.2.1 Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal.....	54
4.2.2 Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal	55

4.2.3 Que não exista outro meio de se produzir a prova.....	55
4.2.4 Que a infração penal seja crime punido com reclusão.....	57
4.2.5 Que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processo criminal....	58
4.3 A Posição do Superior Tribunal de Justiça e a Interceptação Telefônica.....	61
4.4 A Posição do Supremo Tribunal Federal e a Interceptação Telefônica.....	66
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

As facilidades e modernidades oferecidas aos cidadãos, com a finalidade de auxiliar a vida cotidiana, vêm contribuindo para formalizar o atual cenário do crime organizado. São tantas opções propiciando a agilidade das atividades criminosas, que se aprimoram cada vez mais, exigindo uma modernidade não só nos métodos e formas investigatórias, mas também na análise e interpretação dos dispositivos legais que podem ou não condenar essas atitudes criminosas e proteger a sociedade como um todo.

A Constituição Federal estabelece o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos em seu art. 5º, inciso LVI, que prevê: “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”.

Contudo este princípio, como todos os outros princípios constitucionais, não pode ser analisado em termos absolutos, e também não pode, dependendo do caso concreto, servir de instrumento para propiciar a impunidade de ações criminosas.

Consta que é dever do Estado Democrático de Direito tutelar a dignidade humana, porém quando esta é apenas assegurada sob uma ótica individual os direitos fundamentais da coletividade ficam descobertos e o dever de eficiência do direito penal deixa a desejar quando objetiva a tutela do bem comum.

Novamente a Constituição Federal no art. 3º, inciso I, estabelece que seja dever do Estado garantir “[...] a construção de uma sociedade justa” e completa no inciso IV do mesmo artigo “[...] a promoção do bem de todos”, ou seja, também é dever do Estado Democrático de Direito tutelar o bem comum.

Neste sentido, o texto constitucional é claro “todos são iguais perante a lei”, o princípio da dignidade humana deve ser estendido a todos em igual teor e a análise do caso concreto deve ser feita ponderando os direitos que ambos os lados possuem, atendendo também a proteção do coletivo frente às ações individuais.

Se de um lado os direitos fundamentais foram inseridos no texto constitucional com a finalidade de limitar o poder do Estado sobre o indivíduo, do

outro o Estado é detentor do *jus puniendi*, porém no decorrer de uma investigação criminal e instrução processual penal, ambos devem observar rigorosamente o que a lei determina tendo em vista que todos estão subordinados as normas editadas.

Neste diapasão, a análise de cada caso deve representar para o magistrado a observação de todos os fatos que envolveram o ato criminoso, como também à ponderação dos princípios tendo em tela que todo princípio constitucional deve ser analisado de forma relativa e flexiva quando entrar em conflito com outro princípio. E a função precípua de um magistrado é dar prioridade ao princípio que for mais importante na resolução do caso concreto, atendendo não só os interesses do indivíduo, mas também o da comunidade como um todo.

Diante da complexidade do conflito de interesse entre o bem estar da sociedade e as garantidas dos indivíduos, tanto a doutrina como a jurisprudência vem fazendo uso do princípio da proporcionalidade com o objetivo de encontrar um ponto de equilíbrio dos valores apensado em cada caso concreto.

No entanto, quando se trata do indivíduo, a doutrina, contrariando a Constituição, aceita amplamente a utilização da prova ilícita em favor do réu, ocasionando em certos casos a impunidade de criminosos. Por outro lado, quando se trata de prova ilícita utilizada pela acusação, a mesma deverá ser expurgada do processo por não obedecer aos mandamentos legais.

Neste contexto, o presente estudo analisou a utilização das provas ilícitas através do princípio da proporcionalidade não só em favor do réu, mas também em favor da sociedade, aprofundando os estudos no caso específico das interceptações telefônicas, as quais constituem meio de prova relevante na investigação criminal e instrução processual penal.

Frente às alegações apresentadas, e contando como a observação criteriosa do texto constitucional, bem como o estudo aprofundado dos princípios envolvidos com o tema proposto neste trabalho, o objetivo principal foi uma análise criteriosa da utilização das interceptações telefônicas como prova no processo penal, bem como o entendimento dos Tribunais brasileiros sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de provas colhidas em detrimento dos procedimentos legais elencados na Lei n. 9.296/96.

A linha de pesquisa do estudo foi a crítica aos embasamentos da dogmática jurídica, a qual se realizou através de uma pesquisa bibliográfica e documental que contou com os esforços teóricos de vários autores que executam estudos sobre a matéria, associando-se a pesquisa de investigação no campo da legislação geral e específica, imprescindíveis ao entendimento do tema abordado.

O delineamento metodológico contou com a apresentação de uma estrutura descritiva e exploratória das particularidades apresentadas pelos vários autores sobre o assunto, contemplando como forma organizada de distribuição do assunto abordado a divisão em capítulos.

O segundo capítulo abordou sobre as provas ilícitas, trazendo um breve relato sobre a prova, o conceito e diferenciação entre prova proibida, prova ilegítima e prova ilícita, bem como a evolução do instituto da prova ilícita juntamente com sua previsão legal e a tão polêmica posição do magistrado no momento de admitir ou não as provas ilícitas no processo.

O terceiro capítulo versou sobre os Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988, trazendo a evolução histórica dos Direitos Fundamentais, fazendo as considerações, necessárias para o desenvolvimento deste trabalho, dos Princípios Constitucionais e principalmente elencando a teoria da proporcionalidade e o acolhimento das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*.

No quarto capítulo as interceptações telefônicas e a análise jurisprudencial tiveram destaque ao ser abordado o conceito, natureza jurídica e os requisitos básicos para o consentimento da interceptação telefônica, bem como a posição do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal perante os julgados que envolvem as provas ilícitas.

2 DAS PROVAS ILÍCITAS

2.1 Breves Considerações Sobre a Prova

Primeiramente faz-se necessário o entendimento do conceito prova, a qual na fase instrutória do processo, será o meio de apresentação dos fatos ou atos que envolverão um acontecimento legalizando a exatidão ou inexatidão de uma afirmação, bem como a existência ou inexistência de um fato.

Seu conceito está intimamente ligado a abordagens dispares não se resumindo a uma única resposta, tratando-a de maneira mais ou menos abrangente.

O vocábulo prova provém do latim “*probatio*”, o que se compreende “uma confirmação, uma verificação, ou um exame de algo”, sendo derivado do verbo “*probare*” cujo significado se resume em, segundo Silva (2010, p. 03) “reconhecer, formalizar um juízo de, provar, averiguar, convencer alguém de algo”.

Segundo De Placido e Silva (1967, p. 395):

Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

Grinover (2006, p. 135) elucida:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos.

Rangel (2006, p. 405) conceitua a prova como:

[...] o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa. [...] A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, convencidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.

Nucci (2007, p. 388) deixa de ser abrangente e apresenta minuciosamente três sentidos para o termo prova:

Há fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.

A demonstração da verdade dos fatos alegados num processo é acarretada pelo ato de provar, e dentro do processo penal esses fatos abarcam a presença do delito em si, da autoria e do contexto que induziu a aplicação da pena. Contudo, esta verdade demonstrada é relativa, tendo em vista a impossibilidade de o juiz auferir uma verdade perfeitamente equivalente aos fatos ocorridos, a certeza já é o bastante para formar o convencimento do juiz. (MIRABETE, 2008, p. 249).

Como observado, a prova tem o intuito de convencer o juiz mostrando a verdade de como ocorreram os fatos relevantes no processo. Florian (1921) *apud* Noronha (1983 p.87) complementa:

[...] as partes procuram demonstrar o que objetivam: o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa. [...]

Essa demonstração é que constitui a prova. Florian escreve que “provar é fornecer, no processo, o conhecimento de qualquer fato, adquirindo, para si, e gerando noutrem, a convicção da substância ou verdade do mesmo fato”.

Em conformidade com o exposto, conclui-se que a finalidade da prova é fazer com que o juiz tome conhecimento dos fatos e seja convencido por eles de que realmente existiram, para que possa julgar o litígio e tomar a decisão da causa.

Neste sentido, Tourinho Filho (2003, p. 215) afirma:

Prova é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entende-se, também por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Não obstante, Prado (2006, p. 03) amparado pelo art. 93, inciso IX da Constituição Federal o qual dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciários serão, públicos, e fundamentadas todas as decisões...”, exibe outra finalidade para a prova, ou seja, a prova é “a base para fundamentação das decisões judiciais”.

Quanto ao objeto da prova Capez (2009, p. 297) elucida:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

Em resumo, são os fatos que são relacionados ao processo e que produzem o interesse das partes em prová-los, ou seja, é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo. Segundo Carnelutti (1950) *apud* Marques (2000, p. 254).

Mirabete (2008, p. 237) observa:

Aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual é o objeto da prova, que abrange não só o fato delituoso, mas também todas suas circunstâncias objetivas e subjetivas que

possam influenciar na responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição da medida de segurança.

No Direito Penal a ausência de contestação de um fato não destitui a prova, ou seja, apesar de existirem alguns fatos que configuram a certeza do ato, ainda assim se faz necessário a apreciação de outras provas, as quais servirão de fundamentação para a decisão.

Fenech (1952) *apud* Marques (2000, p. 255) observa:

No processo penal, não se exclui do objeto da prova o chamado fato incontroverso ou fato admitido. Na investigação criminal – como ensina Fenech – el julgador debe llegar a la verdade de los hechos tal como ocurrieram historicamente, y no tal como quieran las partes que aparescan realizadas.

Para que o juiz tenha um amplo conhecimento do mérito da ação e consiga desvendar a verdade que envolve o processo, deve ter acesso a todos os tipos de provas possíveis e reais para o caso, mesmo que isso constitua um fato incontroverso.

Quanto aos pressupostos que irão fazer as provas serem admitidas no processo está: a) admissibilidade ou legalidade: desde que não haja expressado previsão de proibição, toda prova será admitida; b) adequação, idoneidade, pertinência ou aptidão: a prova deve ser útil; c) concludente: a prova deverá favorecer a conclusão do juiz, eliminando toda e qualquer dúvida ao declarar sua decisão; d) possibilidade: é necessária a utilização de todos os recursos disponíveis e alcançáveis para que a produção da prova seja possível. (FEITOSA, 2008).

Quanto ao *onus probandi*, o Código de Processo Penal em seu art. 156 prevê: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:” (BRASIL, 1941)

Henrique e Badaró (2003, p. 362) o definem como:

Posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização

da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito.

Em outras palavras cabe ao réu provar todos os fatos que irão basear a sua defesa e ao autor cabe provar todos os fatos que constitui seu direito, como previsto no art. 333 do Código de Processo Civil, ideia também aplicada no processo penal.

Não obstante, o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal prevê que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, o juiz só poderá condenar alguém após obter a convicção de que todos os fatos contra esse indivíduo foram devidamente comprovados, sendo que no caso contrário, ou seja, restando dúvidas deverá absolvê-lo *in dubio pro reo*.

O art. 156, inciso II do Código de Processo Penal preceitua que o juiz tem a faculdade de: “determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (BRASIL, 1941)

Neste contexto, em que o juiz pode instituir a produção de provas, Capez (2009, p. 297) observa que a atuação do juiz é supletiva devido ao fato de sua atuação estar atrelada aos casos em que restar dúvidas ao mesmo.

Quanto aos métodos de avaliação da prova estes são divididos em três, a saber: a) sistema de prova legal: no qual o juiz está cingido ao que a lei define, não decidindo qual prova prevalecerá sobre outra; b) sistema de íntima convicção: impera a convicção, o entendimento do juiz na avaliação das provas. Ex: O tribunal do Júri; c) sistema do livre convencimento: é o sistema que atualmente predomina na legislação processual penal de acordo com o previsto no art. 155 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informadores colhidos na investigação”. Ou seja, o juiz, desde que fundamentando sua decisão, pode admitir e avaliar as provas cabíveis, não se restringindo as provas produzidas na fase do inquérito policial. (CAPEZ, 2009, p. 332).

Quanto à classificação das provas, cada doutrinador adota abordagens diferentes, contudo a que mais desponta entre os mesmos é a de Capez (2009, p. 330) o qual as classifica como: “quanto ao objeto são direta ou indireta; quanto ao efeito, plena ou não plena; quanto ao sujeito em real ou pessoal e quanto à forma em testemunhal, documental ou material”.

2.2 O Conceito de Prova Proibida, Prova Ilegítima e Prova Ilícita

A prova proibida é aquela que o ordenamento jurídico desautoriza sua caracterização, seja por violar um direito processual ou um direito material, ou aos princípios gerais do direito, ou a boa-fé ou os costumes, e sua categoria abrange as provas ilegítimas e as provas ilícitas.

As provas ilegítimas se caracterizam pela violação das normas processuais que regulamentam a produção da prova ou a sua inserção no processo. São exemplos: “o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP), com a redação determinada pela Lei 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional)”. (CAPEZ, 2009, p. 300).

O objetivo principal deste estudo, as provas ilícitas, consideram dois sentidos a saber: a) sentido amplo: quando a prova violar o ordenamento jurídico, neste momento se assemelha a prova proibida a ponto de serem confundidas; b) sentido estrito: quando a prova viola um princípio compreendido na Constituição Federal ou viola um direito material.

Neste contexto Mirabete (2008, p. 254) elucida:

Estão assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada judicialmente das conversações telefônicas, (art. 5º, XII); com violação do domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou determinação judicial (art. 5º, XI); com violação da intimidade,

como as fonográficas, de fitas gravadas de contatos em encontros de caráter privado e sigiloso (art. 5º, X); com abuso de poder, como a tortura.

Avólio (1999, p. 44) doutrina que:

[...] por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração de normas ou princípios de direito material – sobretudo de ordem constitucional, por que (...) a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros.

Diante do exposto, a ilicitude de uma prova se caracteriza quando a violação das regras do direito material afeta o direito fundamental garantido pela Constituição.

Contudo, apesar de várias distinções para as provas ilícitas e ilegítimas dentro da doutrina, a posição do Supremo Tribunal Federal é a de:

Ilicitude da prova – Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. Ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para se revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual)**, não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes (STF, HC 82.788, Rel. Celso de Mello, j. 12.04.05.) (grifos nossos)

Em um melhor entendimento é possível uma prova, ao mesmo tempo, ter características ilegítima e ilícita, tendo em vista o desrespeito para com as normas do direito processual e do direito material.

2.3 A Evolução da Prova Ilícita e a Previsão Constitucional

As discussões sobre as provas ilícitas foram, por um longo período, tratadas com superficialidade. Os estudos mais aprofundados das possíveis vedações probatórias foram prejudicados primeiramente, pela visão autoritária da função jurisdicional, a qual dava prioridade à busca da verdade real dos fatos e pela possibilidade das decisões judiciais serem baseadas no livre convencimento do julgador.

Tanto a doutrina nacional como a doutrina estrangeira, por um longo período, se dividiu em duas correntes antagônicas e radicais, as quais até os dias de hoje ainda dividem muitos doutrinadores, que são: a) os que admitem que o descobrimento da verdade deva prevalecer acima de tudo e neste caso a “prova ilícita pode ser utilizada, sem prejuízo da punição do infrator da norma jurídica”; e b) os que não admitem o uso das prova ilícitas, tendo em vista o favorecimento de “privilégio em condutas antijurídicas, capazes de ocasionar prejuízo alheio”. (MOREIRA, 1997; p. 109).

Em conformidade com o regime autoritário, que o Brasil vivia antes da Constituição Federal de 1988, onde o que imperava era a supressão de direitos e garantias fundamentais, a constituição antecessora não previa dispositivo para as provas ilícitas.

Neste cenário marcado pelos anseios da sociedade que carecia de proteção, o legislador constituinte adota uma postura radical e bani a admissão das provas ilícitas como uma forma de salvaguardar os cidadãos dos arbítrios do Estado dispondo no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos.” (BRASIL, 1988)

Diante do exposto, o dispositivo acima não faz prerrogativas da natureza do processo, e nesse sentido tanto nos processos penais quanto nos civis as provas ilícitas estão vedadas.

Não obstante, o art. 157 do Código de Processo Penal dispõe: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim

entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. (BRASIL, 1941)

Fernandes *et al* (2011, p. 127) evidenciando a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima observa:

Não parece ter sido a melhor opção da Lei 11.690/2008, ao definir prova ilícita como aquela “**obtida em violação a normas constitucionais ou legais**” (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP. (grifo dos autores)

Os nobres autores alertam para o fato de que a prova ilegítima quando utilizada no processo, ocasiona a nulidade do ato processual a qual pode ser sanada de acordo com o art. 573 do Código de Processo Penal que prevê: “Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados”. (BRASIL, 1941)

Não obstante, no caso da prova ilícita o que ocorre é seu desentranhamento do processo, como já mencionado no art. 157.

Nucci (2011, p. 391) em posição contrária, entende que tanto as provas ilegítimas quanto as provas ilícitas em sentido estrito deverão ser desentranhadas do processo observando:

É justamente o oposto, em nosso entendimento. A reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que provas produzidas ao arripio da lei processual penal também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova. Esse é o quadro ideal para a lisura e ética na produção de provas, consentâneo ao Estado Democrático de Direito. O cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas.

Discussões a parte, é eminente a preocupação da doutrina em evitar o engessamento do sistema e encontrar um ponto de equilíbrio entre as duas correntes. Para tanto, posicionamentos mais flexíveis estão sendo sugeridos e estudados levando em consideração, segundo Moreira (1997, p. 110-111):

[...] a gravidade do caso, a índole da relação controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias.

Levando em consideração o dia a dia dos magistrados os quais se deparam muitas vezes em “encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação”, é notório observar que a escolha de posicionamentos radicais não se apresenta como a melhor maneira de se resolver conflitos que envolvem uma vasta gama de interesse. (GRINOVER, 2006, p. 132).

Por outro lado, o âmbito jurídico só admite a utilização das provas, desde que as mesmas estejam intimamente relacionadas com as garantias e direitos fundamentais.

Neste diapasão, é de observarmos que nenhum direito, mesmo que assegurado ao cidadão, é absoluto. Sendo assim, e dependendo do caso concreto, um direito não pode prevalecer sobre outro que seja mais relevante, e neste sentido a atividade probatória, no processo penal brasileiro, deve reputar os direitos fundamentais asseverados na Constituição Federal.

2.4 A Posição do Magistrado em Admitir ou Não as Provas Ilícitas

A perfeita composição da lide é o objetivo precípua da prestação jurisdicional e o descobrimento da verdade, ou o descobrimento do mais próximo dela, é o elemento essencial para que seja alcançado tal objetivo.

Dinamarco (1998, p. 91) já ensinava “

[...] a sentença constitui o ato de posituação do poder, por conter a formal afirmação, pelo titular deste, de uma valoração feita em torno de fatos

apreciados, com subsequente decisão a respeito (é arbitrário falar-se em positividade somente com referência à lei).

O dever de julgar exerce cada vez mais uma postura ativa do magistrado e no caso das provas ilícitas, as quais estão subordinadas a uma regra geral que prega o repelimento das mesmas no processo, não significa a perda da imparcialidade por parte do magistrado, mas sim uma análise mais cuidadosa no sentido de evitar consequências danosas não só ao indivíduo, mas também a sociedade como um todo. Assim sendo, cabe ao magistrado a árdua tarefa de distinguir entre a admissão ou não das provas ilícitas no processo.

Segundo Pinheiro (1962, p. 15) “é necessário conhecer o Direito no seu conjunto, as leis que sobre o mesmo assunto existam, os trabalhos da doutrina e da jurisprudência”. Neste sentido, o magistrado deve sempre, em suas decisões, objetivar o conjunto de princípios e valores que compõem a unidade do sistema, utilizando os métodos teleológicos de interpretação buscando os propósitos a que as normas se propõem. Para tanto, os magistrados necessitam renunciar o radicalismo que os fazem cumprir a lei em sua literalidade e considerar o restante do ordenamento ponderando o confronto dos princípios constitucionais no sentido de que deva prevalecer aquele que atenda o bem maior.

Para Vasconcellos (2001, p. 482):

[...] o tratamento das provas ilícitas na Constituição é, [...], extremamente defeituoso visto que o conteúdo literal das normas a elas relevantes, aparentemente, não tolera um entendimento mais flexível no sentido de conciliar interesses em conflito, deixando-se de lado a aplicação do princípio da justiça que ensina que deve se tratar igualmente o que for igual, e desigualmente o que for desigual na medida de sua desigualdade.

[...] Essa obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias.

Na busca do ponto de equilíbrio, o magistrado deve ter em mente que, no caso concreto, sempre haverá a presença de valores conflitantes, os quais colocaram o julgador em situação de extrema responsabilidade onde será obrigatório o sacrifício do bem menor para que reste salvaguardado o de maior valia. Neste contexto, o juiz deverá analisar os pormenores do caso concreto, ou seja,

tudo o que está relacionado com o processo como, por exemplo, os acontecimentos que envolvem a sociedade, os interesses em jogo, o vulto do dano causado, entre outros aspectos que devem ser sopesados. (DINAMARCO, 2008, p. 231).

Vasconcellos (2001, p. 482) observa:

A problemática das provas ilícitas deve ser pensada não apenas dedutivamente, como costuma fazer a doutrina tradicional, mas também indutivamente. É preciso enfrentar exemplos para poder diferenciar grupos de casos que mereçam o mesmo tratamento daqueles que devam ser tratados de forma diferenciada devido à sua natureza, pois por prova ilícita podem-se ter os mais diversos graus de afetação de bem jurídico (daí a impossibilidade de permanecer na generalização das soluções).

É cediço que no sistema do livre convencimento o magistrado deverá fundamentar suas decisões, explicando claramente os motivos que o levaram a adoptá-las, e mesmo que não empregue a lei de forma literal, o mesmo estará colaborando para a formação de uma jurisprudência sólida que poderá servir de base para futuras consultas que propiciarão maior segurança jurídica ao tema.

Considerando que tanto a doutrina como a jurisprudência compreendem que as provas ilícitas devem ser banidas do processo, entendemos que o magistrado utilizando-se do princípio da proporcionalidade poderá sim, de maneira eficaz, utilizar-se das mesmas para compensar, no caso concreto, as circunstâncias, os valores e os bens envolvidos na tentativa de equilibrar o conflito de interesses.

Neste sentido não podemos admitir que o magistrado, diante do caso concreto, deixe de admitir a correta formação da lide anulando a sua decisão, fazendo vistas grossas para outros direitos e garantias tendo em vista a aplicação rígida do disposto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal.

Como exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, considerando o princípio da proporcionalidade, assim se posiciona quanto ao uso das interceptações telefônicas:

APELAÇÕES CRIMINAIS – TÓXICOS – TRAFICÂNCIA – ASSOCIAÇÃO – LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI N. 9.613/98)- MUNIÇÃO DE USO PERMITINDO – POSSE NÃO AUTORIZADA (LEI N. 10.826/03, ART. 12) – RECEPÇÃO. PRELIMINARES: INÉPCIA DA INICIAL –

IMPRESTABILIDADE DE PROVAS – CPP, ART. 204- TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA- INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – DEGRAVAÇÃO – PROVA ORIGINÁRIA – LITISPENDÊNCIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO APRECIÇÃO DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS.

O depoimento deve ser prestado oralmente, não sendo vedado à testemunha, no entanto, valer-se de breve consulta a apontamentos (CPP, art. 204 e parágrafo púnico).- **'Sendo de incontestável validade a escuta telefônica, apta a deflagrar um largo esquema associativo de aquisição e distribuição de um grande volume de drogas, não há que se falar em aplicação da teoria dos 'frutos da árvore envenenada', tendo a diligência grande importância para o livre convencimento do magistrado, tanto mais se a identificação dos acusados for precedida de minucioso trabalho realizado pelo serviço de inteligência da polícia (federal), com a ciência ministerial'** (TJMG).

Não há de se falar em litispendência quando as matérias constantes de dois processos criminais, endereçados a um dos réus (2º apelante), não guardam correspondência entre si. – 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563)'.

Preliminares rejeitadas.

MÉRITO: TÓXICOS – LEI N. 11.343/06 – TRAFICÂNCIA ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO (ARTS. 33 E 40, INCISO V) – MENOR (ART. 40, INCISO VI) – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35) – LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI N. 9.613/98 – ART. 1º, 'CAPUT' E INCISO I C/C ART. 1º, § 1º, INCISO II E ART. 1º, § 4º - LEI N. 10.826/03 – MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO – POSE NÃO AUTORIZADA – RECEPÇÃO – CONFISSÃO – RETRATAÇÃO – DELAÇÃO – POLICIAL – PALAVRA – VALOR – LEI ANTITÓXICOS – ART. 33, § 4º - INAPLICABILIDADE – PERDIMENTO DE BENS – PENA DOSIMETRIA – PENA-BASE – PENA PECUNIÁRIA – REGIME PRISIONAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Uma vez caracterizado o tráfico entre Estados da Federação, justifica-se a aplicação do aumento da pena à luz do art. 40, inciso V, da Lei Antitóxicos, em relação a quatro réus. – 'A Lei n. 11.343/06 não faz, em seu art. 3º, qualquer distinção entre a associação eventual ou duradoura, punindo-as com o mesmo vigor' (TJMG, Apelação Criminal n. 1.0024.07.446713-5/001).

A conduta de posse ilegal de munição de uso permitido esta com sua tipicidade temporariamente suspensa, diante da nova redação dos art. 30 e 32 da Lei n. 10.826/03, trazida pela Lei n. 11.706/08. Consequente absolvição do réu lembrado a tal título, com as implicações daí decorrentes.

No crime de receptação dolosa (art. 180, caput, do CP), a mera negativa do agente quanto ao desconhecimento da origem ilícita do bem adquirido não se mostra hábil ao reconhecimento da forma culposa, mormente se o acervo probatório colhido, analisado em conjunto, indica justamente o contrário. Recurso provido (TJMG, Apelação Criminal n. 20000.00.452.103-7/000). Não há falar na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4, da Lei n.11.343/06, na situação em que os que dela querem se beneficiar não preenchem os requisitos a tanto necessários. (Número do processo: 1.0024.07.799175-0/001(1) Numeração Única: 7991750-83.2007.8.13.0024; Relator: Des (a) BEATRIZ PINHEIRO CAIRES; Data do Julgamento: 18/06/2009; data da Publicação: 21/08/2009) (grifo nosso)

Assim, o aproveitamento da prova da interceptação telefônica é perfeitamente factível para avaliação de dois casos que não guardam correspondência entre si, mas vinculados a um mesmo réu.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais

Analisaremos agora, o surgimento e a progressão dos direitos fundamentais do homem, no contexto histórico e sua proteção pela Constituição Federal de 1988.

O século XVIII é marcado pela passagem do Estado absoluto ao Estado liberal da modernidade, o qual se preocupava em constituir limites ao exercício do poder político, onde o filósofo John Locke reconhecendo os direitos naturais e inalienáveis do ser humano, se preocupava em defender os interesses individuais diante os abusos governamentais. (SARLET, 2004, p. 49).

Nesse cenário ocorrem as revoluções Francesa e Inglesa, concretizando a nomenclatura “direitos humanos”, a qual segue sua consagração em vários Tratados Internacionais.

Sobre a inspiração iluminista e antecedendo a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a Declaração dos Direitos de Virgínia, em 16 de junho de 1776, dá o pontapé inicial e histórico nesses tratados proferindo com a máxima clareza os fundamentos do regime democrático ao reconhecer os direitos inatos da pessoa humana e o princípio de que todo o poder emana do povo, além de consolidar o princípio da liberdade e da igualdade de todos perante a lei.

Comparato (2003, p. 49) argumenta que:

O artigo I da Declaração que “o bom povo da Virgínia” tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos humanos na História. É o reconhecimento solene que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos.

Após a Declaração de Virgínia, a qual proclama o princípio da legalidade, o indivíduo ocupa o primeiro lugar em relação ao Estado e passa a ter valor em si mesmo possuindo direitos como: à liberdade, à vida e à propriedade. Neste momento, os direitos humanos deixam de pertencer exclusivamente à elite e sob a denominação de direitos do homem se tornam “uma conquista de uma classe emergente como dona do poder econômico e que se torna dona também do poder político”. (FACHIN, 2009, p. 47)

Em 04 de julho do mesmo ano, é declarada a Independência do Estado Unidos da América e sua maior preocupação se concentra em dar ao indivíduo sua liberdade, garantindo a restrição do poder do Estado sobre o mesmo.

Em 1789 sob a influência da Declaração de Independência Americana surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual trazia a liberdade e a igualdade de direitos em seu 1º artigo.

Bobbio (2004, p. 30) observa que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”.

Mais tarde em 1791, é preparada a Constituição Francesa, sofrendo reformulações em 1793 e 1795, na qual apesar de defender alguns direitos referentes à questão trabalhista o principal objetivo era a limitação da atuação do Estado.

No Brasil, através da Constituição Federal de 1891 é iniciado o Constitucionalismo, ou seja, é inserido no texto constitucional o controle incidental de constitucionalidade, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do Habeas Corpus, a liberdade de culto entre outros direitos humanos, que se elevam a categoria de direitos fundamentais.

Com o mesmo objetivo de limitar a atuação do Estado, o legislador inseriu os direitos humanos no texto constitucional observando a máxima de que o Estado de Direito além de estar subordinado as normas editadas no país, ainda deve respeitá-las.

Neste cenário, o cidadão brasileiro ao ser amparado pela cláusula pétrea que impede a alteração da Constituição no que diz respeito aos direitos fundamentais, adquire garantias e respeito a esses direitos.

Kelsen (2003, p. 103) elucida:

A análise da consciência jurídica positiva, que põe a descoberto a função da norma fundamental, requer que se traga à luz uma particularidade singular do direito; que o direito regula sua própria criação, de modo, que uma norma jurídica regula o procedimento pelo qual outra norma jurídica é produzida, e – em diversos graus – também regula o conteúdo da norma a ser produzida.

Bobbio (2004, p. 89) observa que devido ao pensamento individualista foi essencial a intervenção do Estado para que houvesse a concretização de tais direitos e conseqüentemente ocorresse a busca pela realização da justiça social caracterizando assim a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Não obstante, as barbaridades ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial fizeram com que a comunidade internacional, não só reconhecesse a importância da constituição e proteção dos direitos humanos como também entendesse que os direitos humanos transcendem e extrapolam os domínios destinados ao Estado ou a competência nacional exclusiva. Neste sentido, é possível defender a ideia de que a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos e o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. (PIOVESAN, 2006, p. 140).

Comparato (2003, p. 54) assevera que:

[...] após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados como o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

Como resultado das conseqüências do pós-guerra e baseada nos ideais iluministas e da Revolução Francesa, os quais admitiam os valores de igualdade, liberdade e fraternidade, em 1948 é aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos

Humanos, a qual abrange quase todos os povos da Terra, afirmando que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e proclama em seu artigo VI, “que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa”. (COMPARATO, 2003, p. 12 e 32)

Em consequência deste movimento, vários países começaram a incorporar em seus textos constitucionais os direitos humanos e em algumas delas passaram a prever também as garantias constitucionais objetivando efetivar os direitos ali consagrados.

Contudo, cabe ressaltar que no caso da Constituição Brasileira, o rol dos direitos fundamentais previstos no seu art. 5º, não excluem os outros decorrentes do regime e princípios adotados pela norma fundamental, sendo meramente exemplificativos conforme art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

Outro detalhe importante da Constituição Brasileira reside no art. 60 § 4º, o qual proíbe ao legislador constituinte derivado de fazer qualquer restrição aos referidos direitos, mantendo desde 1891 as garantias aos cidadãos brasileiros de seus direitos fundamentais.

Nas palavras de Ruy Barbosa (1929) *apud* Araújo (1999, p. 106):

As liberdades básicas não deveriam ser diminuídas nem pela força, nem pelas leis e dizia ainda que para que os direitos consagrados na Constituição de 1891 pudessem realmente tornar-se efetivos, necessário seria o desenvolvimento de um “sentimento constitucional que vincula a legitimidade da Constituição” e de acordo com o jurista caso não houvesse esse sentimento constitucional colocaria em risco o ideal liberal-republicano, pois segundo ele a ineficácia das normas constitucionais resultaria na consagração da força.

3.2 Os Princípios Constitucionais e os Direitos Fundamentais

3.2.1 A diferença entre regras e princípios

Ambos constituem uma norma jurídica, porém os princípios são a base inquestionável das proposições primárias do direito, traduzindo os direitos do homem e os grandes princípios da justiça.

Segundo De Plácido e Silva (1999, p. 120) os princípios são:

Normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E assim, *princípios* revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Deste modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do Direito.

Como base do ordenamento jurídico, o princípio é a norma jurídica de aplicação imediata superior e anterior às regras, pois através dele tanto o legislador, como a jurisprudência, como a administração e os particulares devem interpretar o direito de acordo com os valores ditados por ele.

Assim, “juridicamente, a regra traz o sentido geral: é o modo de proceder, é a imposição de forma ou a conduta imposta no texto legal”. (DE PLACIDO E SILVA, 1999, p. 693)

A regra como norma jurídica torna o princípio concreto e segundo as palavras de Dworkin (2005, p. 35-36) a regra se distingue do princípio da seguinte forma:

As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela favorece deve ser aceita, ou não é válida, neste em nada contribui para a

decisão. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios da liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular seja mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

Para Dworkin os princípios apresentam dimensão de peso e importância e as regras apresentam objetividade sendo aplicadas na forma do tudo ou nada.

Em contradição, Alexy (2008, p. 104) afirma que apesar de serem igualmente normas, as regras contêm uma determinação, e em termos de aplicação são menos abrangentes que os princípios, estes não possuem caráter de determinação e sua utilização faz com que a execução de alguma coisa seja restringida a um parâmetro de medida possível.

Apesar de possuírem visões diferentes, ambos concordam que o critério que distingue princípios de regras é um critério lógico e está relacionado com o modo que ambos operam, auxiliando o executor do direito a interpretar e aplicar as regras no direito.

3.2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

Se o homem é o centro do direito, e seus maiores desejos são o direito à vida e à liberdade, o mínimo que se espera é que tanto essa vida como essa liberdade sejam adquiridas e sentidas de maneira digna.

Neste cenário todos os princípios constitucionais têm sua origem e razão centradas no homem e a dignidade da pessoa humana se transforma em um valor supremo o qual chama para si todo o conteúdo dos direitos fundamentais, iniciando pelo direito à vida.

Admitindo dois aspectos, o princípio em questão atende às necessidades básicas do cidadão quando se trata do aspecto objetivo, e respeita o ser humano quando se trata do aspecto subjetivo.

Contudo, quando se trata de regramentos impostos mundialmente, independentemente da espécie de relação existente entre o súdito ou cidadão e o Estado ou a ordem mundial, a premissa básica é a preservação e conservação da dignidade humana em qualquer situação.

Neste sentido, Moraes (2003, p. 50) assevera que:

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes as personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

No Brasil o presente princípio tem importância como fundamento do Estado Democrático de Direito e da República e teve sua primeira inserção no texto constitucional em 1934, quando a então Constituição em seu art. 115 previa:

Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional de modo que possibilite a todos existência digna, dentro desses limites, e garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único – Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País. (BRASIL, 1934)

Não obstante, o atual texto constitucional em seu art. 1º inciso III dispõe que o Estado Democrático de Direito tem como terceiro fundamento a dignidade da pessoa humana, o qual irá direcionar e orientar o legislador e o aplicador do direito a fazer com que o Estado, perante as limitações impostas pela Constitucionalização dos direitos fundamentais, se restrinja a uma prestação negativa.

Para Martins (2003, p. 62) esta posição no rol de fundamentos significa que a dignidade da pessoa humana, dentro do sistema constitucional, assume “um papel especial: o de ser elemento que confere a unidade axiológico-normativa, ao sistema constitucional”.

O valor dado pelo texto constitucional a esse princípio o coloca em situação de superioridade sobre os demais princípios constitucionais, ou seja, se um direito fundamental deixa de ser respeitado, neste momento, a dignidade da pessoa humana está sendo atingida, e se não é admitido a ponderação entre princípios que não estejam no mesmo patamar valorativo, não há que se arguir o princípio da proporcionalidade tendo em vista a superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana sobre todos os outros.

Sarlet (2011, p. 74) observa:

Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual muito, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Para Nucci (2010, p. 4):

A dignidade da pessoa humana e o devido processo legal fornecem os elementos indispensáveis à composição do sistema de princípios processuais penais, de modo a garantir a estabilidade e a prevalência dos direitos e garantias individuais.

Como regra do Estado Democrático de Direito, o respeito aos direitos consagrados constitucionalmente além de ser uma medida imposta deve servir de norte para as atitudes do Estado e de seus agentes. Contudo, o que se percebe na realidade é que muito se discute e se ensina sobre o princípio da dignidade humana, mas na prática o que se encontra é um verdadeiro descaso a este princípio principalmente em situações em que haja interesses conflitantes.

3.2.3 O princípio da legalidade

Previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal o qual dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; significa que para a existência de um crime, antes é necessário sua previsão em lei configurando assim o que se chama de reserva legal.

A reserva legal faculta ao direito penal uma função de garantia, tendo em vista que o cidadão só poderá ser processado ou condenado mediante certos delitos e penas previamente considerados como crime.

Também consagrado no inciso II do mesmo artigo 5º, o qual dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ou seja, compreende a vontade geral onde toda atividade está sujeita a Lei materializada em um regime de divisão de poderes, criado pelos órgãos que representam a população, através do poder legislativo consolidado na Constituição. Neste sentido, não cabe ao Estado, Poder Público ou seus administradores exigir ações, impor abstenções e nem proibir alguma coisa, senão em virtude da lei. (SILVA, 2010, p. 22)

O fato de constituir a vontade legal e determinar que somente as espécies normativas elaboradas de acordo com as regras do processo legislativo constitucional é que podem criar obrigações para o indivíduo passa ao princípio da legalidade a função de combater o poder arbitrário do Estado. (MORAES, 2009, p. 41).

Neste sentido, tem-se que quando os poderes públicos se deparam com o princípio da legalidade devem agir conforme a lei determina, contudo, quando os particulares se deparam com o mesmo princípio, estes podem fazer tudo o que a lei não proíbe.

Bastos e Martins (1988) *apud* Moraes (2009, p. 41) afirmam:

[...] o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual já que não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa

de repelir as injunções que lhes sejam impostas por outra via que não seja a da Lei.

Diante do exposto e em concordância com o conceito do princípio da legalidade tem-se que, os agentes da administração pública devem agir de acordo com a lei, ou seja, no caso de uma apreciação de prova que envolva, por exemplo, uma interceptação telefônica, os agentes do Estado são obrigados a observar não só a Lei nº 9.296/96 como também o art. 5º inciso XII da Constituição, onde constam as formas em que a referida prova será autorizada de maneira tal que não restrinja o direito fundamental à intimidade do indivíduo.

3.2.4 O princípio do devido processo legal

A Constituição Federal na intenção de servir à democracia e à cidadania sanciona em seu texto um expressivo rol de garantias e direitos, e dentre eles é previsto no art. 5º, inciso LIV que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Segundo Didier Junior (2011, p. 45) a expressão inglesa *due process of law* foi traduzida para o português como devido processo legal, contudo, a palavra inglesa *law* significa Direito, e não lei. Nesse sentido, o processo deve estar em conformidade com o Direito em sua totalidade, e não apenas em consonância com a lei.

Constatamos, portanto, que o princípio em estudo é extraído do referido preceito constitucional e se configura como uma ampla garantia constitucional que confere aos cidadãos o direito fundamental a um processo justo.

Neste contexto, o devido processo legal é à base de todos os demais princípios simbolizando um “sobrep princípio, supraprincípio ou princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo”. (NEVES, 2011, p. 62)

Nucci (2010, p. 64) informa que “No campo processual, o devido processo legal desenha-se em vários setores como supedâneo dos inúmeros direitos e garantias fundamentais para amparar o indivíduo, quando suspeito ou acusado pelo Estado.

Mendes e Branco (2011, p. 434) esclarecem que devido à “adoção das disposições da Convenção Européia de Direitos Humanos, associada à interpretação dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988” resultou em uma ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Nucci (2010, p. 64) elucidando quanto à situação de alguns princípios que dificultam a observância ao devido processo legal observa:

[...] que alguns princípios constitucionais, embora relevantes, podem servir de empecilhos ao devido processo legal, em sua plena forma de desenvolvimento, tal como se dá com o princípio da economia processual. A celeridade na busca pela aplicação do direito ao caso concreto não pode atropelar garantias essenciais. A colheita de provas, em fase de instrução, pode ser o melhor palco para amearhar elementos suficientes para a formação do convencimento do julgador.

Nesta ótica, o veto presidencial do § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal o qual previa: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”, prova claramente a explicação de Nucci, acima anotada.

Nas palavras do Presidente da República as razões do veto foram:

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1o do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei no 4.205, de 2001 (no 37/07 no Senado Federal), que “Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências”.

“O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende, necessariamente, ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional. (BRASIL, 2008)

Sabemos que as provas ilícitas são utilizadas tanto na defesa quanto na acusação, contudo a discussão no mundo jurídico quanto ao veto acima citado se situa na possível suspeição do juiz, que seria impedido de julgar a lide, devido ao contato anterior com as provas ilícitas e os esclarecimentos dos fatos que ela traria, mesmo que a prova fosse desentranhada do processo, ou seja, o juiz já se encontraria contaminado por elas e conseqüentemente julgaria fundamentado pela mesma, infringindo assim os princípios da legalidade, do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo e ferindo o dever de imparcialidade do magistrado.

No entanto, esta discussão toda se concentra apenas na utilização das provas ilícitas a favor da acusação, ficando isenta as provas ilícitas utilizadas a favor da defesa, e nesse caso a pergunta seria foi infringindo o princípio da igualdade ou, dependente do caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana da vítima de uma atitude delituosa comprovada através de uma interceptação telefônica anterior a uma ordem judicial, por exemplo?

3.2.5 O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

Em conformidade com o que já registramos no capítulo 2 e também o que apuramos no item 3.2.3 O Princípio da Legalidade, neste trabalho, em um Estado de Direito cujo interesse social é garantir a efetividade dos direitos e garantias individuais estando o mesmo submetido às leis, é negado ao magistrado

admitir nos autos uma prova ilícita, tendo em vista a expressa vedação contida tanto no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, quanto no *caput* do art. 157 do Código de Processo Penal.

Nucci (2010, p. 322) observa que:

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, no processo, particularmente o criminal, fundamenta-se em fatores de ordem ética e mantenedora de lisura e da imparcialidade do Estado na condução do devido processo legal.

O princípio significa a proibição de se valer de provas – elementos destinados à demonstração da verdade, persuadindo o julgador – maculadas pelo vício de origem, vez que extraídas por mecanismos ilícitos.

Não obstante, antes da reforma processual e da modificação do art. 157 do Código de Processo Penal, havia uma divergência doutrinária quanto à diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima e conforme vimos no item 2.2, a prova poderia admitir, ao mesmo tempo, característica de prova ilícita e de prova ilegítima. Atualmente é pacífico que não há divergência entre estes tipos de prova e que o termo ilícito abrange todo o tipo de prova colhida com infringência de norma tanto no direito material quanto no direito processual.

Para Nucci (2008, p. 349) “não existe distinção entre prova ilícita e ilegítima, sendo que ilícita é gênero, aquilo que é contrário ao Direito, englobando tanto o ilegal quanto o que ilegítimo”.

Os vários tipos de provas ilícitas sempre geram grandes discussões, uma delas é a prova ilícita por derivação, a qual em sua essência é lícita, contudo provém de outra prova obtida ilicitamente. Neste caso, a teoria dos frutos da árvore envenenada, desenvolvida pela Suprema Corte Americana, condena a admissibilidade desse tipo de prova, sustentando que o mal que atingiu a planta, inevitavelmente atingirá todos os frutos.

Assim sendo, a doutrina e a jurisprudência concordam que este tipo de prova deve ser excluída do processo. Porém, esta teoria admite duas exceções no sentido da aceitação, no processo, das provas ilícitas por derivação, que são:

- a) se as provas forem derivadas de fonte próprias – conforme art. 157 § 2º que prevê: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.
- b) caso a prova ilícita não seja determinante no descobrimento das derivadas.

3.2.6 O princípio e a teoria da proporcionalidade

Dentro de um sentido generalizado e objetivando a tutela dos direitos individuais, a proporcionalidade emerge vinculada a limitação do poder estatal com o objetivo de atender o interesse público; neste sentido, o Estado agirá observando a proporcionalidade nos meios a serem empregados e nos fins a serem alcançados. (ARAUJO, 2009, p. 355)

Não bastando todo o exposto acima, o princípio em questão possui como principais elementos ou subprincípios: a necessidade ou exigibilidade, a qual impõe a condição de que o meio escolhido seja o menos gravoso para o cidadão, ou seja, a medida que restringe a liberdade do indivíduo deve ser, realmente, necessária a adequação ou idoneidade, que se baseia nos meios eleitos pelo Estado que devem ser adequados para atingir o objetivo da norma, ou seja, que não haja a repetição do crime e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, relacionada diretamente com a quantidade de pena a ser aplicada em cada crime praticado, a relação custo-benefício para o Poder Público, onde o ganho obtido seja necessariamente maior do que o prejuízo suportado pela coletividade. (AGUIAR, 2010, p. 500).

Como é cediço, o referido princípio não se encontra expresso na Constituição Federal, porém sua visualização é notória, segundo vários juristas como Bernardi (2005, p. 45) que dispõe:

Inicialmente, depreende-se no próprio preâmbulo da Constituição brasileira, o qual, em particular, distingue-se do de outras constituições por apresentar duas partes distintas, a primeira firmando a legitimidade formal do Estado e a segunda referindo uma série de fins e objetivos a serem perseguidos por esse Estado. Revelando-se como princípio orientador de Justiça, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade se mostra como um princípio implícito no preâmbulo da Constituição.

Castro (2007, p. 109-110) elucida:

[...] é bem verdade que o princípio da proporcionalidade ainda não é um cânone expresso no texto constitucional, mas está claramente implícito quando o legislador constituinte de 1988 adotou a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV); o sistema misto do controle jurisdicional da constitucionalidade de uma lei pode ser declarada por um juiz *a quo*, somente gerando efeitos entre as partes; e o sistema concentrado em que a inconstitucionalidade de uma lei é declarada por um Tribunal Superior, gerando efeitos vinculados *erga omnes*.

Conforme abordamos no item 2.3 deste trabalho, a rigidez de posicionamentos quanto a adoção das provas ilícitas na instrução processual não simboliza a atitude mais adequada a ser adotada pelo empregador do direito. “O princípio constitucional da proibição das provas é apenas um ‘ponto de partida’ para o tratamento da questão, pois, para a sua aplicação nos casos concretos, há um longo caminho a ser percorrido”. (VASCONCELLOS, 2001, p. 460).

Lembrando que, as provas ilícitas são adquiridas conseqüentemente de uma infração, originariamente dos direitos da personalidade, e é natural que no caso concreto, princípios e valores fundamentais se enfrentem, não se tornando tarefa fácil a determinação da superioridade de um em detrimento do outro.

Grinover (1998, p. 46) ensina que:

[...] os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos 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. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente como relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justifica, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.

Destarte, os conflitos frequentes que a utilização das provas ilícitas provocam entre direitos indisponíveis, Vasconcellos (2001, p. 461) alega que:

[...] o juiz, ao ter que enfrentar um caso em que esteja sendo discutida a admissibilidade de uma prova ilicitamente obtida, deve atentar para uma boa administração das liberdades em conflito de forma a tornar possível a incidência do ‘justo’ na decisão final a ser proferida.

Trata-se da famosa confrontação de pesos e contrapesos, utilizada pelo Direito Alemão como forma de avaliar a possibilidade de admissão de provas ilícitas na instrução processual. O fato é que a tese central que repudia a prova ilícita foi pacificada por intervenções que buscavam a resolução dos casos especiais, ou seja, trata das exceções, onde seria mais prudente a aceitação da prova colhida por meio ilícito. (CHAVES E CUNHA, 2007, p. 65).

Neste contexto, onde a Constituição Federal define valores e normas que se contrapõem em conflitos insolúveis, a proporcionalidade surge na intenção de equilibrar esses conflitos e determinar qual prevalecerá no caso concreto, tendo em vista que, segundo Moreira (1997, p. 114):

[...] só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.

3.2.6.1 Provas ilícitas “*Pro reo*”

Tratando-se da admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, tanto a jurisprudência quanto a doutrina brasileira, fundamentadas no princípio do *favor rei*, vem admitindo majoritariamente a prova ilícita na defesa do réu.

Segundo Capez (2009, p. 39) o princípio do *favor rei* se resume “em qualquer dúvida ou interpretação na seara do processo penal, devendo sempre ser conduzida na direção mais benéfica ao réu”.

Amparados pelas garantias e direitos dos cidadãos, além de outros princípios tais como o princípio da presunção da inocência, da não culpabilidade e do interesse do Estado de não ver condenada uma pessoa inocente, do direito ao contraditório e a ampla defesa, do direito a intimidade, entre outros, muitos admitem que o princípio da proporcionalidade “seja aplicado aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida de maneira ilícita”. (FERNANDES, 2007, p. 95).

No mesmo sentido Grinover *et al* (2006, p. 153) assevera:

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuricidade.

Gomes (2009, p. 446) exemplifica:

Imagine-se a hipótese de um acusado que gravou clandestinamente sua conversa, telefônica ou ambiental. Essa gravação clandestina, como regra, é prova ilícita. Mas poderia ser utilizada pelo interlocutor que a gravou, dentro de um processo penal, para alcançar sua absolvição? A resposta é positiva. Mas somente o interlocutor pode usar tal gravação e só em seu benefício. Nenhuma gravação clandestina pode servir de prova “contra” qualquer pessoa. Não serve para incriminar (exatamente por se tratar de prova ilícita), só para absolver. E não seria crime a divulgação daquilo que se gravou nos termos do art. 153 do CP? Não, porque só existe crime quando a divulgação do segredo ocorre “sem justa causa”. Na divulgação do segredo para o reconhecimento de uma inocência existe justa causa (portanto, não há crime).

Retornando ao questionamento final do item 3.2.4, quando existe a quebra de veto constitucional somente para a defesa, ficando a acusação com a plenitude do veto, este fato por si só não representaria um desatendimento do Princípio da Igualdade das Partes, ou, dependente do caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana da vítima de uma atitude delituosa comprovada através de uma prova ilícita?

No caso do Recurso Extraordinário n. 251.445/GO foi reconhecida a nulidade processual da ação penal pelo simples fato de que a prova, a qual consistia em fotos que provavam o abuso sexual contra menores, foi obtida através da invasão do consultório particular do acusado configurando assim a violação dos direitos fundamentais de caráter substancial do réu, como mostra a ementa:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS

CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). – A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. – A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. – Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, **que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa**, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 – RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA. – Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. – Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência que vier a ser executada em tal local. (Ren. 251.445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça: 21/06/2000). (grifo nosso)

Não obstante, Pedrosa (2005, p. 174), em situação semelhante ao recurso extraordinário acima apontado, em que a prova foi considerada ilícita, citando a decisão do nobre Ministro Cordeiro Guerra demonstra que o sistema de livre convencimento do magistrado não necessita ser tão rígido e expõe posição tomada pelo nobre ministro:

Não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado. Nesse caso, creio que a razão assiste à nossa jurisprudência: **pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente comprovado.** (grifo nosso)

Existe o argumento de que a acusação, ou seja, os órgãos de persecução penal dispõem de melhores recursos que o réu. Neste sentido, visualizando uma igualdade formal, se a defesa pudesse se favorecer no campo probatório estaria restabelecendo uma igualdade entre as partes. (MOREIRA, 1997, p. 283).

No entanto, tal assertiva, esta voltada para as ações penais públicas e no caso das ações penais privadas não existe esta hipótese, tendo em vista, por exemplo, a modernização do crime organizado onde profissionais do direito estão envolvidos e as defesas são tão estruturadas que muitas vezes criminosos visivelmente culpados são inocentados através dos princípios que visam o indivíduo sozinho, fora do contexto da sociedade.

Contudo, a antijuridicidade pode ocorrer quando o próprio réu apresentar provas ilícitas que contribuem para a sua legítima defesa, e neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. – **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem o conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. – Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. – A questão relativa às provas ilícitas por derivação *“the fruits of the poisons tree”* não foi objeto de debate e de decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. – A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF.V. – Agravo não provido. (AI 503617, AgR. Relator: Min. Carlos Velloso. 1/02/2005) (grifo nosso)

Vasconcellos (2001, p. 465) analisando a utilização do princípio da proporcionalidade como forma de admitir as provas ilícitas apenas para a defesa, critica:

É um vício constante de a doutrina afirmar que as provas ilícitas incriminatórias não podem jamais ser utilizadas contra o réu. O problema de se tratar assuntos tão importantes apenas no âmbito da abstração, sem testar suas construções doutrinárias como exemplos hipotéticos, leva a injustiças frequentes, bem como ao esquecimento dos problemas crônicos que necessitam de soluções urgentes. Exemplifique-se com o caso do combate ao tráfico. Não se pode negar que é notória a frequência com que os meios convencionais fracassam na resolução destes problemas.

O nobre autor continua explicando que existem os que sustentam a tese de que estaria o acusado agindo em legítima defesa quando colhesse prova de forma inidônea para formalizar sua defesa. Em princípio não se configura um caso de excludente da legítima defesa e sim de excludente de estado de necessidade, tendo em vista que na legítima defesa “ocorre o choque entre interesses lícitos de um lado e ilícitos do outro, a agressão é injusta. No estado de necessidade ocorre justamente a colisão de interesses juridicamente protegidos”. (VASCONCELLOS, 2001, p. 465).

Contudo, a excludente do estado de necessidade não pode também servir de justificativa para a utilização de provas ilícitas em favor do réu tendo em vista sua classificação em justificante e exculpante, onde o estado de necessidade justificante, excludente de ilicitude, só ocorre quando o bem sacrificado é menor do que o bem resguardado e o perigo é atual, ocasionando problemas quanto a sua utilização como justificativa para as provas: “é possível (e bastante comum) que em sede processual, esta “atualidade” que se exige em direito penal dure alguns anos”. (VASCONCELLOS, 2001, p. 468).

Quando o estado de necessidade assume a classificação de exculpante, exclui a culpabilidade e o bem sacrificado é maior do que o bem resguardado. “Portanto, a princípio, não serve o estado de necessidade exculpante para resolver os problemas ligados à provas ilicitamente obtidas”. (VASCONCELLOS, 2001, p. 468)

Neste contexto Vasconcellos (2001, p. 468) conclui:

Não é possível admitir uma prova ilícita quando o bem sacrificado for maior; a sistemática penal elaborada para este Instituto simplesmente não tem como ser transportada para o processo. [...] não se pode destacar a possibilidade de uma construção de uma teoria sobre as prova ilícita para o

processo baseada na que foi feita para o direito penal. O problema maior de uma tal teoria residiria na complexidade de sua adaptação para o direito processual, pois os princípios e garantias, assim como os objetivos do direito penal e processual, apesar de não discrepantes, não são de todo semelhantes.

Costa Júnior (1995, p. 139) ao apontar para o fato de que há situações em que o interesse público supera os direitos individuais, e neste momento justifica-se o sacrifício do direito fundamental, particularmente, o direito à intimidade, explica:

[...] não pode ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor suficiente elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.

3.2.6.2 Provas ilícitas “Pro societate”

É cediço que a maioria da doutrina e jurisprudência não reconhece a utilização da prova ilícita em defesa do interesse público e da coletividade. Contudo, a colocação acima de Costa Júnior, demonstra claramente que o interesse público e da coletividade, por tutelar um interesse maior que envolve todos os membros de uma sociedade, deve sim ser protegido de igual maneira como a um direito individual.

Visando resguardar os interesses de todos os indivíduos que diante dos efeitos, por exemplo, que poderão surgir da impunidade de certos criminosos ou organizações criminosas, é que vários doutrinadores estão defendendo a utilização da prova ilícita *pro societate*.

Neste sentido Bechara (2003, p. 1) observa:

Os crimes praticados por associações criminosas geram grau de perturbação acentuado e diferenciado da criminalidade comum. Essa percepção faz com que se exija não somente uma punição mais rigorosa dos criminosos, mas principalmente a adoção de tratamento processual especial e particularizado. A legislação brasileira, em que pesem as inúmeras contradições e eventuais incoerências técnicas, é sensível a essa situação anunciada e, de fato, contempla um procedimento diferenciado ao dito crime organizado. Tais diferenciações evidenciam-se pela presunção de maior necessidade de determinados instrumentos como a prisão cautelar, a **interceptação telefônica**, a busca domiciliar, a quebra de sigilo bancário e fiscal, o sequestro de bens e, ainda, a gravação ambiental e a infiltração de agentes na forma da Lei Federal n. 9.034/95. **Em todas essas hipóteses, verifica-se maior restrição às liberdades individuais, justificada pela imperatividade de se tutelar o interesse coletivo, cuja gravidade, medida pelo comprometimento social gerado, exige maior rigor por parte do Estado.** (grifo nosso)

Não obstante, a falta de maturidade do Estado brasileiro em tratar com a possibilidade de colher provas ilicitamente é uma das alegações contrárias à utilização da prova ilícita *pro societate*, e a justificativa seria a criação de uma brecha que poderia afetar diretamente o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo garantidos pela Constituição.

Um dos doutrinadores que defende a utilização da prova ilícita *pro societate* é Moreira (1997, p. 112-113) que dispõe:

Todavia, 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 princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas às coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penais 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, estar-se-á 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 deixa de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento das criminalidades organizadas, 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 isso suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo **óbvio é o 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.** (Grifo nosso)

No mesmo entendimento, Santos (2001, p. 2):

[...] 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).

Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade Capez (2009, p. 261) elucida:

[...] o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade tutelados pela norma penal.

Quanto à infiltração de agentes, Pereira (2007, p. 13) observa que:

[...] vale destacar que a valoração judicial da prova a ser recolhida durante a infiltração dependerá de uma série de fatores a serem analisados, a exemplo do grau de violação de direitos fundamentais do investigado, a obediência ao princípio da proporcionalidade quanto à produção da prova, devendo até mesmo por exceção, ser admitida a prova ilícita *pro societate*, preservando-se os interesses da coletividade e o bem estar social da nação.

Apesar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ser no sentido de afirmar que o princípio da proporcionalidade deva ser aplicado somente *pro reo*, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O Inciso LVI, do Art. 5º da Constituição

Federal, que fala que são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente programática oferece ao juiz, através da atualização constitucional (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o Princípio da “Razoabilidade” (REASONABLENESS). O Princípio da Exclusão das Provas Ilícitamente obtidas (EXCLUSIONARY RULE) também pede temperamentos. ORDEM DENEGADA. (HC-3.982/RJ, REL. MIN. ADHEMAR MACIEL, J 05/12/1995, DJU 26/02/1996)

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal assevera esse entendimento:

EMENTA: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - **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 n. 7.210/84, proceder a 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.** - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (HC-70.814/SP, REL. MIN. CELSO DE MELLO, J 01/03/1994, DJU 24/06/1994) (grifo nosso)

Na busca incessante de responder eficazmente a sociedade e impedir a impunidade, a jurisprudência, através de legislação ordinária, vem utilizando o princípio da proporcionalidade e admitindo as provas ilícitas, dependendo do caso concreto, em favor da sociedade, fazendo com que a justiça caminhe em paralelo com a atual realidade brasileira onde o crime organizado está se utilizando da própria legislação para obter absolvição.

4. DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E A ANÁLISE JURISPRIDENCIAL

4.1 Conceito e Natureza Jurídica da Interceptação Telefônica

Diferente da escuta telefônica a qual é resultado da captação de uma conversa telefônica com a autorização de um dos interlocutores; e da gravação clandestina, que ocorre quando o próprio interlocutor registra sua conversa, não importando se a via utilizada é telefônica ou não, sem que o outro saiba; a interceptação telefônica é aquela em que um terceiro capta a conversa telefônica entre interlocutores, sem o conhecimento de ambos.

Como o próprio termo diz, interceptação vem do verbo interceptar, ou seja, interromper, intrometer, interferir, colocar-se entre duas pessoas, compreendendo a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intromete e toma conhecimento de assunto tratado entre os interlocutores. (CAPEZ, 2009, p. 315)

No aspecto jurídico a interceptação é “o ato de interferir nas comunicações telefônicas, de modo a impedi-las ou de forma a ter acesso ao seu conteúdo”. (PRADO, 2006, p. 23)

O fator fundamental para o conceito de interceptação é o fato de que um terceiro, pessoa totalmente estranha à conversa, efetua sua captação com a finalidade de tomar conhecimento de circunstâncias e fatos que permaneceriam desconhecidos. (AVÓLIO, 2010, p. 101)

Segundo Grinover *et.al* (2004, p. 207) a interceptação telefônica, em sentido estrito, se consuma com o “grampeamento”, ou seja, o ato de “interferir numa central telefônica, nas ligações de linha de telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações”.

Moraes (2003, p. 81) define a interceptação telefônica como “a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores”.

Nesse sentido, a distinção dos conceitos de gravação telefônica, escuta clandestina e interceptação telefônica irá determinar não só a aplicação da Lei n. 9.296/96, como também a incidência do tipo penal previsto no art. 10 da referida lei que prevê:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1996)

Sua previsão está assegurada no artigo 5º, inciso XII, da constituição Federal que prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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**; (Vide Lei nº 9.296, de 1996). (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

Grinover *et. al.* (2004, p. 185) elucida que como a finalidade de assegurar as provas através da fixação dos fatos da maneira que se apresenta no instante da conversa, a interceptação telefônica tem natureza cautelar.

Segundo os ensinamentos de Mendes (1999) a interceptação telefônica pode ser realizada em dois momentos, na fase policial com a denominação de medida cautelar preparatória, e na Justiça durante a instrução, nominada de medida cautelar incidental.

No tramite do processo, o que vai evitar que os fatos que envolveram o crime sejam alterados é a medida cautelar, a qual, diante da fragilidade e

morosidade do processo de conhecimento condenatório, se tornará necessária. (AVÓLIO, 2010, p. 102)

Neste contexto, o desconhecimento do sujeito passivo se torna crucial para o sucesso da efetivação da medida cautelar.

Mendes (1999, p. 182) observa que:

O deferimento da medida é *inaudita altera pars*, não tendo o investigado conhecimento de que sua conversa está sendo captada, mas, ao se concluírem as diligências, será *levantado o sigilo*, podendo o investigado valer-se de *habeas corpus* para impugnar a medida se tiver havido nulidade. Entendo que se o pedido for indeferido, o Ministério Público pode ingressar com mandado de segurança.

Os requisitos que justificam as medidas cautelares são:

a) *fumus boni juris* (aparência do bom direito): neste caso o magistrado deverá ter em mãos elementos reais e seguros da *existência do crime, de extrema gravidade, capazes de justificar o sacrifício da privacy* (privacidade). (AVÓLIO, 2010, p. 120)

b) *periculum in mora*: neste caso o magistrado deve avaliar o risco ou prejuízos que a não concessão da medida cautelar poderá resultar para a investigação ou instrução processual. (AVÓLIO, 2010, p. 120)

Gomes (1997, p. 182) assevera que:

Impõe-se ao Juiz a valoração da existência ou não de “outros meios disponíveis”, examinando detidamente o caso concreto. Sempre tendo em vista o bem jurídico tutelado, a intimidade e o sigilo das comunicações, que é de natureza fundamental.

Gomes e Cervini (1997, p. 67) explicam que no caso do processo penal, a caracterização da existência de *fumus boni iuris* é resultado de duas exigências “a probabilidade de autoria ou participação numa infração penal relacionada ao agente, e a possibilidade da existência de uma infração penal relacionada à infração propriamente dita, à sua materialidade”.

4.2 Requisitos Necessários para o Consentimento da Interceptação Telefônica

A Constituição Federal através do art. 5º, inciso XII, instituiu a inviolabilidade do sigilo telefônico à categoria de direito fundamental, sendo que somente em casos extremos e em processos que tratem de matéria penal configurarão uma exceção.

Assim sendo, a eficácia do direito fundamental, elevado à categoria de cláusula pétrea, torna-se limitada tendo em vista sua subordinação a uma lei que o regulamenta.

Streck (2001, p. 17) observa:

À evidência, a nova Lei deve ser examinada com o máximo de cautela, mormente porque trata do estabelecimento de limites a liberdade e garantias individuais do cidadão, o que leva à seguinte indagação: em que medida pode o Estado ingressar na esfera da intimidade das pessoas? Quais os limites e qual o alcance dessa *proporcionalidade* estabelecida pela nova Lei?

Como se não bastasse este fato, a Lei n. 9.296/96 não traz os pressupostos necessários para o cabimento da interceptação telefônica, mas sim os casos de transgressão e as possibilidades de sua decretação.

Segundo o art. 2º da referida lei:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

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

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (BRASIL, 1996)

Segundo leciona Capez (2001, p. 321) os principais requisitos para o deferimento da interceptação telefônica são: ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal, indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, que a infração penal seja crime punido com reclusão, que não exista outro meio de se produzir a prova, e que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processo criminal, os quais analisaremos, separadamente, nos itens a seguir.

4.2.1 Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal

Segundo o art. 1º Lei n. 9.296/96:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. (BRASIL, 1996)

No exposto na norma acima, a competência para determinar o afastamento do sigilo telefônico é única e exclusivamente do juiz que julgará a ação principal, excluindo-se o Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia. (CAPEZ, 2009, p. 321)

Outrossim, quando o investigado contar com prerrogativa de foro, o juiz competente para autorizar a interceptação telefônica será o seu juiz natural, por exemplo: no caso do investigado ser um juiz, ou um membro do Ministério Público ou um deputado federal, o juiz será o Presidente do Tribunal; se o investigado for um governador de Estado, o juiz será o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. (STRECK, 2001, p. 43)

4.2.2 Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal

Previsto no inciso I, do art. 2º, da Lei n. 9.926/96 (já anotado neste trabalho), representa a natureza acautelatória da medida consagrando a necessidade do *fumus boni juris*, ou seja, é mister a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal.

Evidencia a inadmissibilidade pela lei da medida de prospecção se “determinada pessoa estaria ou não envolvida em algum crime”, ou seja, há a necessidade de que exista um fato que vá além de mera suspeita. (GOMES 1997, p. 54)

4.2.3 Que não exista outro meio de se produzir a prova

Previsto no inciso II do art. 2º da Lei n. 9.926/96 (já anotado neste trabalho), equivale ao *periculum in mora do processo cautelar* e demonstra que a prova não pode ser realizada por outros meios, exigindo a necessidade da indicação concreta de que somente com a interceptação telefônica será possível a reconstrução dos fatos. (BADARÓ, 2008)

Grinover *et.al.* (2004, p.186) preleciona que caso haja outras formas para a elucidação do fato investigado ou processado, a interceptação telefônica se configurará em uma violação que significara “uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou do acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem ser utilizadas como *ultima ratio*”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao se deparar com as situações presente nos itens 4.2.2 e 4.2.3 deve fazer uso do critério legal da inadmissão do procedimento de interceptação telefônica, quando constatar a inexistência de indícios de autoria em infração penal, e também a ausência da justificativa da medida. Com exemplo de violação dos requisitos necessários para a autorização de

medida cautelar, previstos no art. 2º, incisos I e II. Reproduzimos a decisão utilizada pelo STJ:

EMENTA: HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA. INVIABILIDADE DE PRODUÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS NAO DEMONSTRADA. ILEGALIDADE.

1. O Poder Constituinte Originário resguardou o sigilo das comunicações telefônicas, erigindo-o à categoria de garantia individual, prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, admitindo, de forma excepcional, a sua flexibilidade, nos termos da Lei n. 9.296/96, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

2. Além da necessidade do ilícito em apuração ser apenado com reclusão, o legislador ordinário estabeleceu ainda, como critérios para a utilização da interceptação telefônica, a *contrario sensu*, a existência de indícios acerca da autoria ou participação na infração penal, bem como a demonstração de inviabilidade de produção da prova por outros meios.

3. Demonstrado, *in casu*, que a representação pela quebra do sigilo telefônico dos pacientes foi deferida antes mesmo dos sócios da empresa investigada terem sido ouvidos pela autoridade policial, tratando-se de medida primeira em busca de provas acerca da autoria do ilícito, imperioso o reconhecimento da ilegalidade da medida.

SONEGAÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO TIDO POR SONEGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento consolidado nesta Corte, tratando-se de crime de sonegação fiscal, enquanto ausente a condição objetiva de punibilidade, consistente no lançamento definitivo do crédito tributário tido por sonegado, inviável o deferimento de qualquer procedimento investigatório prévio.

2. Ordem concedida para declarar a nulidade do despacho que atendeu a representação feita pela autoridade policial, determinando-se a inutilização do material colhido, nos termos do artigo 9º da Lei n. 9.296/96, devendo as instâncias ordinárias absterem-se de fazer qualquer referência às informações obtidas pelo meio invalidado. Escuta telefônica, investigar um crime de estelionato ou de um furto, ou quiçá, de uma receptação! Daí a necessidade de se recorrer a instrumentos como o da interpretação conforme a constituição e o da nulidade parcial sem redução de texto. (HC-128087/SP, REL. MIN. JORGE MUSSI, DJU 14/12/09)

4.2.4 Que a infração penal seja crime punido com reclusão

Previsto no inciso III do art. 2º da Lei n. 9.926/96 (já anotado neste trabalho), é motivo de muitas críticas no mundo jurídico, tendo em vista a exclusão de crimes punidos com detenção e as contravenções penais. (CAPEZ, 2009)

Para Capez (2009, p. 323), o legislador ao admitir a reclusão como pressuposto necessário, estendeu demasiadamente o rol dos crimes passíveis de serem investigados por meio da interceptação telefônica, levando em consideração os reais objetivos tutelados pela Constituição, contudo se omitiu quando não inseriu alguns crimes que, apenados com detenção, só podem ser esclarecidos através de interceptações telefônicas como, por exemplo, os casos de ameaça ou injúria.

O nobre autor diante deste caso, defende a incidência do princípio da proporcionalidade dos “bens jurídicos envolvidos, afastando o sacrificio do sigilo telefônico em prol de um bem de menor valor”. (CAPEZ, 2009, p. 323)

Outro ponto que chama a discussão são os crimes do tipo sonegação de impostos, colarinho branco e corrupção, que deveriam fazer parte da finalidade precípua da interceptação telefônica, contudo ficaram de fora. Neste sentido, Streck (2001, p. 139) observa:

No sopesamento entre os diversos bens jurídicos, pecou o Poder Legislativo em não impor um sacrifício maior aos bens – e conseqüentemente os crimes cometidos contra estes – pertinentes à defesa da ordem econômico-social, cultural e ambiental, todos hierarquicamente superiores, em um Estado de Direito Democrático, aos tradicionais crimes contra o patrimônio. Não é crível considerar, diante dos princípios e valores constitucionais que asseguram o direito à intimidade, que a proporcionalidade diferida pelo Poder Constituinte ao Poder Legislativo ordinário contivesse o objetivo de permitir o sacrifício de um direito fundamental, trocando sua intangibilidade pela possibilidade de, mediante escuta telefônica, investigar um crime de estelionato ou de um furto, ou quiçá, de uma receptação! Daí a necessidade de se recorrer a instrumentos como o da interpretação conforme a constituição e o da nulidade parcial sem redução de texto.

Nessa visão, vários doutrinadores, além dos já apontados, entendem que o legislador ao aplicar a invasão ao sigilo telefônico como regra, e sua inviolabilidade como exceção, caminha em sentido contrário a Constituição Federal,

que segundo o artigo 5º, inciso XII, coloca a interceptação telefônica como exceção e sua inviolabilidade como regra, restando assim que os direitos fundamentais foram burlados e repugnados.

Gomes Filho (1996, p. 14) considerando que o inciso III, do artigo 2ª, da Lei n. 9.296/96 afeta o princípio da proporcionalidade observa:

[...] longe de atender à natureza excepcional da previsão contida na parte final do art. 5º, inciso XII, da CF, a nova lei conferiu-lhe amplitude suficiente para propiciar o virtual aniquilamento do direito à intimidade assegurada pela cláusula constitucional. Com isso, torna-se cada vez mais evidente a distância entre o modelo garantista do processo penal esboçado pelo constituinte e a realidade legislativa.

Grinover *et.al.* (2004, p. 184) observam:

Consideramos inconstitucional a postura do legislador brasileiro. Os sistemas modernos, incluindo o brasileiro, adotam (expressa ou implicitamente) o princípio da proporcionalidade, segundo o qual uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados.

Não obstante, o entendimento da jurisprudência vem acolhendo que as infrações apenadas com detenção admitam interceptação telefônica, desde que sejam conexas aos crimes cuja pena seja de reclusão. (NUCCI, 2006, p. 216)

4.2.5 Que tenha por finalidade instruir investigação policial ou processo criminal

Explícito no inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal e no art. 1º da Lei 9.296/96 (ambos já anotados neste trabalho) só se admite a interceptação telefônica “em investigação criminal e em instrução processual penal”, não admitindo na finalidade de instruir processo cível, por exemplo, uma ação de

separação por adultério, em que é comum detetives “grampear” o telefone do cônjuge suspeito. (CAPEZ, 2009, p. 323-324)

A Lei n. 9.296/96 prevê outros aspectos que devem ser observados no sentido de validar o procedimento da interceptação telefônica, os quais segundo Aranha (2008) são:

a) De acordo com o art. 3º da referida Lei que prevê:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I - da autoridade policial, na investigação criminal;
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. (BRASIL, 1996)

Conforme exposto no artigo acima, a formulação do pedido de interceptação telefônica contendo a descrição sobre o que recairá a investigação e porque se infere sobre a autoria, poderá ser executado tanto pela autoridade policial como o representante do Ministério Público.

b) Conforme o art. 4º da mesma Lei que dispõe:

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados. (BRASIL, 1996)

Fica claro que as descrições dos meios investigatórios a serem utilizados deverão acompanhar o pedido fundamentado.

c) O art. 5º da Lei em estudo prevê:

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovado a indispensabilidade do meio de prova. (BRASIL, 1996)

Caberá ao juiz, com ou sem a manifestação do Ministério Público, decidir de forma fundamentada sobre o pedido. E o prazo da diligência não poderá exceder 15 dias, salvo exceção de comprovação de necessidade, poderá o prazo ser renovado por igual período.

Como exemplo de violação ao referido artigo, o STJ já decidiu:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESCUTAS TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÃO. MOTIVAÇÃO. ILICITUDE. PURGAÇÃO POSSÍVEL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PROVAS INDEPENDENTES. LIMITES DE VALORAÇÃO DA PROVA NO HABEAS CORPUS.

1.As prorrogações de escutas telefônicas judicialmente autorizadas exigem justificada motivação da necessária continuidade da prova.

2.Ilegítima é a prorrogação por quase um ano sem específica indicação da necessidade e indispensabilidade dessa gravosa medida, e inclusive contrariando a desimportância apontada pela própria autoridade policial acerca de terminais não utilizados pelos investigados.

3.A controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da purgação da ilicitude da prova não tem alterado o convencimento ainda mantido nesta Corte de ser também incidente à prova ilícita o princípio da razoabilidade, aplicável a toda regra jurídica e à regulação de quaisquer relações sociais, daí descabendo no habeas corpus a verificação dessa razoabilidade de dano pelo grau de formal violação e seu confronto com o dano social do crime ou com o resultado probatório alcançado, questões a exigir mais aprofundada valoração do crime, de todas as provas dos autos e da prova com ilicitude constatada.

4.Também a verificação acerca da existência de provas independentes ou purgadas pelo distanciamento da original prova ilícita exigiria aprofundado exame da prova dos autos, já ressaltado como descabido na via do habeas corpus.

5.O reconhecimento inicial de ilicitude da prova é questão de efeitos a serem dosados nas pertinentes sentença e apelação.

6.Concedida parcialmente a ordem para reconhecer a inicial ilicitude das escutas telefônicas prorrogadas, sem trancamento da persecução penal desenvolvida. (HC-143697/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 13/10/2009).

d) Segundo o art.7º da mesma Lei:

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. (BRASIL, 1996)

Com a finalização dos procedimentos de interceptação telefônica, ela deverá ser gravada e transcrita, processo denominado de gravação. Caso haja a necessidade de exame pericial para a conclusão da autenticidade ou não de uma voz, a autoridade policial poderá solicitar perícia por meios técnicos.

e) O § 2º do art. 6º prevê:

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas. (BRASIL,1996)

Finalizada a diligência a autoridade policial autorizada, efetuará um auto com o resumo do que obtido, enviando ao juiz a mídia de gravação dos fatos relevantes e sua respectiva transcrição.

f) Os artigos 8º e 9º dispõem:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal. (BRASIL,1996)

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal. (BRASIL,1996)

O apensamento aos autos da interceptação telefônica, será determinado em juízo juntamente com a decisão a respeito da destruição das partes que não interessarem ao processo.

4.3 A Posição do Superior Tribunal de Justiça e a Interceptação Telefônica

É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em não aceitar as provas ilícitas, contudo em alguns casos ocorrem às exceções como:

Ementa: HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CONTRABANDO, FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS E LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MEDIDA INDISPENSÁVEL DIANTE DA EXTENSÃO, INTENSIDADE E COMPLEXIDADE DAS CONDUTAS DELITIVAS INVESTIGADAS E DO NÍVEL DE SOFISTICAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DEFERIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PELO PRAZO DE 30 DIAS CONSECUTIVOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE

DO STF. PRORROGAÇÕES INDISPENSÁVEIS À CONTINUIDADE DAS INVESTIGAÇÕES. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. Ao que se tem dos autos, o paciente é acusado de fazer parte de extensa quadrilha voltada para a prática de crimes, entre eles contrabando, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. 2. **Estando devidamente fundamentada a decisão que deferiu a escuta telefônica, bem como a que determinou a sua prorrogação, por absoluta necessidade da investigação, dada a quantidade de envolvidos e a complexidade das suas atividades, não há qualquer nulidade a ser sanada em Habeas Corpus.** 3. Nos termos da Lei 9.296/96, que regulamentou a escuta telefônica autorizada judicialmente, o prazo definido para a interceptação é de 15 dias, permitida a renovação por igual período; todavia, **não há qualquer restrição legal ao número de vezes em que pode ocorrer essa renovação, desde que comprovada a sua necessidade, bem como se admite, diante das especificidades do caso, a autorização desde o começo pelo prazo de 30 dias.** Precedente do STF. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC-138933/MS, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 30/11/2009) (grifo nosso)

No presente *Habeas corpus*, o paciente acusado de fazer parte de extensa quadrilha voltada para a prática de crimes, entre eles contrabando, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, pleiteava que fosse declarada a ilegalidade e inconstitucionalidade de provas resultantes da interceptação telefônica, tendo em vista que a autorização das mesmas se deu pelo prazo de 30 dias, contrariando o previsto em Lei, determinando que a medida não excedesse a 15 dias, renováveis por igual período. Alegou também que houve ausência de fundamentação da decisão que autorizou a cautelar, buscando o desentranhamento dos autos das referidas provas.

Outro exemplo da aceitação pelo Superior Tribunal de Justiça de prazos ininterruptos é:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. SÚMULA 21/STJ. PEDIDO DE DESAFORAMENTO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCIDENTE JULGADO PROCEDENTE. CONSTRANGIMENTO SUPERADO. PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE DOIS ANOS SEM DATA DESIGNADA PARA O JULGAMENTO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. NECESSIDADE DE ACELERAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRORROGAÇÃO DA INTECEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO DE 30 DIAS. POSSIBILIDADE. TESE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O CÁRCERE. ENVOLVIMENTO DOS RÉUS COM POLICIAIS CIVIS E MILITARES, RISCO À SEGURANÇA DAS TESTEMUNHAS E INDICATIVOS DE REITERAÇÃO DE CONDUTAS DELITUOSAS. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO.

1. Pronunciado o réu, resta superada a alegação de excesso de prazo, porquanto relativa ao período anterior à pronuncia. Inteligência da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça.
2. Eventual excesso de prazo, decorrente do pedido de desaforamento ajuizado pelo Ministério Público, encontra-se superado depois de acolhido o incidente para deslocar o julgamento plenário para uma das Varas do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, para onde o feito já foi remetido.
3. Todavia, em se considerando que ainda não há data prevista para o julgamento do Paciente pelo Conselho de Sentença, que se encontra preso há mais de dois anos, é necessário seja acelerado o julgamento pelo Tribunal do Júri, já que superado o óbice que impedia o prosseguimento do processo.
4. **A interceptação das comunicações telefônicas perdurou pelo tempo necessário para a elucidação da trama criminosa, sendo as decisões que prorrogam o monitoramento devidamente motivado na necessidade de amear indícios imprescindíveis da participação de cada um dos envolvidos nos crimes apurados, sem qualquer constrangimento ilegal.**
5. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal Federal: “(persistindo os pressupostos que conduziram à declaração da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação).” (RHC 85.575/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 168/03/2007). Pelas mesmas razões, também não se verifica constrangimento ilegal na fixação de prazo de 30 dias, desde que em decisão fundamentada.
6. Mostra-se válida a fundamentação do decreto prisional, com expressa menção à situação concreta, na medida em que, além da repercussão do crime na comunidade local, há notícias de envolvimento dos réus com policiais civis e militares, de risco à segurança das testemunhas, e indicativos de reiteração de condutas delituosas, o que pode, por certo, comprometer, de um lado, a ordem pública e, de outro lado, a instrução criminal.
7. Ordem parcialmente concedida, apenas para determinar que seja o Paciente submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri com a urgência que o caso requer. (HC 161188/RJ; HABEAS CORPUS: 2010/0018795- 4, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120); Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA; Data do Julgamento 08/11/2011) (grifo nosso)

Em ambos os casos, o Superior Tribunal de Justiça utilizando-se do princípio da proporcionalidade e reconhecendo as circunstâncias do caso concreto, tais como complexidade da organização criminosa e a quantidade de pessoas envolvidas, considerou que existem argumentos aptos a justificar, nestes casos excepcionalmente, a fixação do prazo de interceptação telefônica superior ao que a Lei determina, mesmo que isso signifique clara violação ao dispositivo do art. 5º da Lei 9.296/96, ponderando que a gravidade do delito é superior à defesa da Lei e sustentando a importância da proteção da sociedade.

Em outro caso que trata dos conhecimentos fortuitos em interceptação telefônica, a manifestação do Superior Tribunal de Justiça foi:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ABUSO DE AUTORIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS. LEGITIMIDADE. ESCUTA TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LICITUDE. 1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. 2. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública -, proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria. 3. Se o procedimento de interceptação da comunicação telefônica está, nos exatos termos da Lei n.º 9.296/96, em apenso ao processo criminal e a disposição das partes que poderão, sob o crivo do contraditório, levantar todas as questões relativas à validade dessa prova, não existe qualquer cerceamento de defesa. 4. **É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação.** Precedentes. 5. Writ denegado. (HC-33462/DF, REL. MIN. LAURITA VAZ, DJU 07/11/2005) (grifo nosso)

Neste *habeas corpus*, fica clara a posição do Superior Tribunal de Justiça em admitir a conhecimentos fortuitos em interceptação telefônica somente quando os mesmos estão relacionados com o fato criminoso objeto da investigação.

Outro caso não menos relevante, porém pouco discutido pela doutrina e jurisprudência, é quando o conhecimento fortuito de provas se dá em relação a fato criminoso futuro, e neste íterim a decisão do STJ é a de que o Estado não pode ficar inerte quando tem o conhecimento da prática de ato delituoso futuro, devendo investigá-lo e apurá-lo, mesmo que o mesmo não constitua conexão com o crime no qual foi autorizada a interceptação telefônica, conforme decisão abaixo:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO. I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta

delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, **não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296 /96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.** II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concernem as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. Habeas corpus denegado (HC-69552/PR, REL. MIN. FELIX FISCHER, DJU 14/05/2007) (grifo nosso)

Nos casos em que a polícia se baseia em denúncias anônimas e o Magistrado determina a interceptação telefônica, para aqueles que seguem a corrente rígida da interpretação da Lei este ato significa a anulação do direito fundamental à intimidade sem motivo plausível, ou seja, não importa se a denúncia acusa um criminoso ou um indivíduo qualquer, ambos têm direito a intimidade.

Não obstante, a segurança do indivíduo bem como a segurança da sociedade deve ser função precípua do Estado e ambas devem caminhar juntas apoiadas no dever de eficiência do Direito Penal. Nessa ótica, é função do Estado averiguar qualquer tipo de denúncia, mesmo que futuramente ela seja inválida, no sentido de garantir a tão desejada segurança. Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

EMENTA: TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. 1. Alegação improcedente. Se a condenação derivou de apreensão de grande quantidade de substância entorpecente em poder do paciente e de seus comparsas, é irrelevante a prévia existência de interceptação telefônica, regular ou não. Mesmo porque não se sabe se a apreensão decorreu da investigação policial ou da interceptação telefônica. **Se a autoridade policial fundamentou o pedido de interceptação e o juiz o deferiu, subentende-se que ele endossou os fundamentos da solicitante.** 2. RHC improvido. (RHC-83859/SP, REL. MIN. ELLEN GRACIE, DJU 12/04/2004) (grifo nosso)

Na decisão acima apontada, observamos tratar-se de tráfico internacional de entorpecentes, e neste caso a rigidez no cumprimento da Lei, garantindo o direito a intimidade poria em risco a segurança da sociedade.

Novamente em decisão acertada do STJ, o princípio da proporcionalidade foi utilizado assegurando o bem comum sobre o individual.

4.4 A Posição do Supremo Tribunal Federal e a Interceptação Telefônica

A posição do Supremo Tribunal Federal quanto à aceitação das provas ilícitas é a de que as mesmas não possuem eficiência jurídica, ou seja, são imprestáveis. Neste sentido, o voto do Ministro Celso de Mello na ação penal nº 307-3/DF explicita este entendimento:

Tenho reiteradamente enfatizado, em diversas decisões proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, como expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, sancionou, com a inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude. (...) A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *Exclusionary Rule* – considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados

Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v. g.). Essa questão, até mesmo em função das razões subjacentes ao tema da inadmissibilidade, em nosso sistema constitucional, das provas ilícitas – assume, a meu ver, inegável relevo jurídico. (Ação penal nº 307-3 – DF, Relator Min. Celso de Mello)

Contudo alguns casos merecem destaque na forma em que foram tratados pelo Supremo Tribunal Federal tais como:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento. Decisão. A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 21.03.2006. Decisão: A Turma, preliminarmente, por unanimidade, resolvendo questão de ordem, invalidou o julgamento realizado em 21.03.2006, e rejeitou a arguição de prevenção do Ministro Gilmar Mendes, nos termos da proposta do Relator. Prosseguindo no julgamento, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo recorrente, o Dr. Aluisio Lundgren Corrêa Regis e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Wagner Gonçalves. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 28.03.2006. (RHC-85575/SP, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA, DJU 16/03/2007)

No caso em questão, o réu que fora denunciado pela prática de formação de quadrilha, pleiteiava a ilegalidade e invalidade das provas baseadas na interceptação telefônicas, tendo em vista que o prazo utilizado no monitoramento não atendeu o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/96, ou seja, ultrapassou o prazo de 15 dias, renováveis por igual período, excedendo assim os 30 dias.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual originou o acórdão impugnado, foi de que as interceptações telefônicas, autorizadas judicialmente, duraram o período necessário ao esclarecimento dos fatos delituosos, os quais envolviam organização criminosa e eram revestidos de complexidade, não configurando assim a violação à Lei n. 9.296/96.

No mesmo sentido e ponderando que as prorrogações de interceptação telefônica foram devidamente fundamentadas pelo juiz, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não havia obstáculos para prorrogação dos prazos, bem como não havia motivos para configurar a ilicitude das provas.

É evidente a utilização do princípio da proporcionalidade no momento em que o Supremo Tribunal Federal, objetivando a finalidade da Lei, atribui um valor maior a obrigação de investigar os ilícitos de grande complexidade em relação à limitação legal da prorrogação.

No mesmo entendimento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. LICITUDE. ORDEM DENEGADA. Segundo informou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as questionadas prorrogações de interceptações telefônicas foram, todas, necessárias para o deslinde dos fatos. Ademais, as decisões que, como no presente caso, autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento. **Como o impetrante não questiona a fundamentação da decisão que deferiu o monitoramento telefônico, não há como prosperar o seu inconformismo quanto às decisões que se limitaram a prorrogar as interceptações.** De qualquer forma, as decisões questionadas reportam-se aos respectivos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas, os quais acabam por compor a fundamentação de tais decisões, naquilo que se costuma chamar de fundamentação por relationem (HC 84.869, rel. min. Sepúlveda Pertence, Dj de 19.08.2005, p. 46). Ordem denegada (HC 92020/DF – Distrito Federal: Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA; Julgamento; 21/09/2010; Órgão Julgador: Segunda Turma; Dje-213 DIVULG 05-11-2010 PUBLIC 08-11-2010). (grifo nosso)

O habeas corpus acima elencado prossegue no mesmo sentido do anterior, porém com uma diferença, o paciente além de declarar inúmeras ilegalidades ocorridas durante a interceptação telefônica, tais como a decisão judicial ter sido genérica, sem a apresentação de qualquer indício verossímil que justificasse a medida cautelar; também questionou a posição do magistrado que, no decorrer das decisões de prorrogação, apenas referiu-se aos fundamentos apresentados pelo Delegado de Polícia, não apresentando seus próprios fundamentos.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mesmo averiguando que o magistrado não expôs seus próprios fundamentos, considerou as provas

válidas para a resolução da lide e observou que “o impetrante não questionou a fundamentação da decisão que deferiu o monitoramento”.

Outra questão imputada trata do encontro de prova de crime conexo punido com detenção. O inciso III do art. 2º da Lei n. 9.296/06 é claro em autorizar a interceptação telefônica em crimes punidos com reclusão, porém o Supremo Tribunal Federal diante do caso concreto tem admitido à interceptação telefônica em crime conexo punido com pena de detenção conforme o AI 626214/MG:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.

2. Agravo Regimental desprovido. (Processo: AI 626214MG; Relator(a): Min: JOAQUIM BARBOSA; Julgamento: 21/09/2010; Órgão Julgador: Segunda Turma).

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, através da interceptação telefônica conduzida lícitamente, descobriu-se os crimes de prevaricação, advocacia administrativa e favorecimento pessoal de um magistrado, todos punidos com pena de detenção, é válida a denúncia do Ministério Público mesmo que os crimes não sejam punidos com reclusão conforme a determinação da lei.

Outro posicionamento polêmico do Supremo Tribunal Federal se situa no HC 92.488-3/RJ, no qual o paciente solicita o reconhecimento da nulidade do processo tendo em vista que o magistrado indeferiu a perícia e a análise comparativa de voz em trechos de gravações, que serviram de fundamento para a sentença condenatória, porém não eram reconhecidas pelo mesmo. Não bastando, no referido pedido vinha destacado que o indeferimento da tal diligência requerida pela defesa violava os princípios da não culpabilidade, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a sentença condenatória não foi baseada única e exclusivamente nas gravações impugnadas pelo réu, ou seja, ficou mantido o constrangimento ilegal e o prejuízo ao réu, negando assim a ordem do habeas corpus.

O Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

EMENTA: PROCESSO PENAL - PERÍCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA. Se o decreto condenatório repousa em dados que não estariam envolvidos na prova pretendida, não há configuração do cerceio de defesa, sempre a desaguar na nulidade do processo. Isso ocorre quando se desprezam trechos de conversas telefônicas impugnados pela defesa em relação aos quais se pleiteara a prova pericial. (RHC 92488/RJ. Relator (a): Min: MARCO AURÉLIO; Julgamento: 26/08/2008; Órgão Julgador: Primeira Turma).

Entendendo que o magistrado, no ato do indeferimento da diligência relativa à realização da prova pericial, registrou na sentença proferida, a desconsideração das provas que continham os trechos da interceptação telefônica, as quais a defesa negou autoria, e baseou-se na confissão do réu na polícia e também nos depoimentos colhidos em juízo para fundamentar a sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal utilizou em sua decisão o critério da inexistência de cerceamento de defesa.

Para configurar a ilicitude das provas qualquer detalhe serve de trunfo nas mãos dos personagens do crime.

No caso do HC 87859-8/DF o fato dos resultados da interceptação telefônica serem encaminhados ao Ministério Público ao invés de serem encaminhados ao magistrado resultou que o paciente denunciado pela prática de crime de tráfico de entorpecentes, pugnou o reconhecimento da ilicitude da interceptação telefônica, e prosseguiu afirmando que o resultado não estava acompanhado de auto circunstanciado, tendo em vista a ausência das datas que foram realizadas as interceptações telefônicas demonstrando, deste modo, a deficiência do laudo.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi pela impugnação do acórdão, tendo em vista a mera irregularidade do fato das provas que constam das interceptações telefônicas terem sido encaminhadas para o Ministério Público e não

ao magistrado. E quanto à questão do auto circunstanciado, o mesmo não é elemento essencial para a validade da prova, além do fato de que em todo o tramite do processo, a defesa se mostrou inerte quanto ao fato da interceptação telefônica.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - AUTO CIRCUNSTANCIADO -
NATUREZA DO ELEMENTO.

O auto circunstanciado previsto no § 2º do artigo 6º da Lei nº 9.296/96 é formalidade essencial à valia da prova resultante de gravações de áudio e interceptação telefônica. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - DEFEITO DO AUTO CIRCUNSTANCIADO - NATUREZA DA NULIDADE. A nulidade surge relativa, devendo ser articulada no prazo do artigo 500 do Código de Processo Penal - inteligência dos artigos 571, inciso II, e 572 do mesmo Diploma. (RHC 87859/DF. Relator (a): Min: MARCO AURÉLIO; Julgamento: 11/06/2007; Órgão Julgador: Primeira Turma).

Como visto o Supremo Tribunal Federal, segundo o §2º do art. 6º da Lei n. 9.296/96, se posiciona no sentido de que o auto circunstanciado é elemento essencial à validade da medida cautelar, porém não reconhece a nulidade do procedimento de interceptação telefônica, tendo em vista a omissão da defesa em oportunidade própria conforme o art. 572 do Código de Processo Penal.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal utilizou o princípio da convalidação, ou seja, a ausência de arguição de nulidade relativa em tempo oportuno, sana o vício processual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A essência do processo judicial está na produção probatória, onde a prova é o elemento fundamental para a formação da convicção do magistrado, a respeito dos fatos que se alegam como motivo de pretensão das partes.

Deste modo, para que as partes consigam apresentar ao julgador a veracidade dos fatos de acordo com sua visão, de réu ou de acusador, é imprescindível que os mesmos tenham a oportunidade de fazê-lo.

Na falta de um rol categórico dos instrumentos de prova na legislação brasileira, deduz-se que as partes conseguem se valer de provas atípicas, sem a previsão da lei, partindo do princípio que as mesmas foram adquiridas por meio idôneo.

Neste contexto, se consolida a regra geral consubstanciada no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Entende-se que as ilicitudes das provas se caracterizam quando existe a violação das regras do direito material, e este afeta o direito fundamental garantido pela Constituição. As provas ilícitas, de alguma maneira, afrontam contra as liberdades públicas, onde estão asseverados os direitos e garantias concernentes à intimidade, à liberdade e à dignidade humana.

Tema de grandes discussões que propiciou a divisão da doutrina, internacional e nacional, em duas correntes antagônicas e radicais que se dividem em: os que não admitem o uso das provas ilícitas, tendo em vista que sua utilização representaria uma forma de privilegiar condutas antijurídicas, capazes de acarretar prejuízo de outrem; e outra que acredita na utilização das provas ilícitas, tendo em vista que deva prevalecer o interesse da justiça no descobrimento da verdade, sem prejuízo da penalidade do violador da norma jurídica.

Ao longo deste estudo observamos que a Constituição brasileira segue a primeira corrente e conforme apontado neste trabalho falta maturidade no Estado brasileiro para tratar a possibilidade de colher provas ilícita, tendo em vista a

possibilidade de se criar uma brecha que poderia afetar diretamente o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo garantidos pela Constituição.

Como se não bastasse este fato, o engessamento do sistema também é uma grande preocupação dos doutrinadores, pois em muitas situações criminosos se valem dos direitos e garantias fundamentais para se livrarem da condenação e tanto a polícia quanto o Ministério Público ficam de mãos atadas diante da impunidade, nada podendo fazer para que o bem e os direitos da sociedade sejam assegurados.

De maneira incipiente, a doutrina vem tentando equilibrar essas duas correntes através de posicionamentos mais flexíveis que concordam com as particularidades de cada caso concreto, ou seja, o ponto de partida, para o tratamento do tema, é a inadmissibilidade das provas ilícitas. Contudo, quando se trata da prática, diante de situações reais, o caminho é árduo e longo e não pode se restringir a hierarquia dos princípios constitucionais, tendo em vista o não absolutismo dos mesmos e o conflito de interesses que impera em cada caso concreto.

O princípio da proporcionalidade vem ao encontro a essa proposta de equilíbrio pela doutrina, pois possibilita a ponderação da aceitação de provas ilícitas na instrução processual. A partir do momento em que se consideram os interesses em conflito, certifica-se se a infração é necessária e torna desculpável o comportamento da parte; ou caso contrário, através dos meios regulares a parte conseguirá provar suas argumentações e a infração representará um dano maior que o benefício trazido à instrução do processo.

Neste sentido, a busca pela verdade, ou aquilo que for mais próximo dela, significa o objetivo principal da prestação jurisdicional para a real composição do litígio.

O fato de expurgar definitivamente as provas ilícitas dos processos pode ocasionar resultados funestos, como por exemplo, a impunidade de criminosos que irão, com certeza, reincidir no crime cometido. Deste modo, cabe ao magistrado ponderar entre o positivismo extremo e o sacrifício do bem menor para que seja protegido o de maior valia.

Desta forma, entende-se que não existe nenhum empecilho quando o magistrado baseia seu convencimento em uma prova ilícita, desde que o mesmo se utilize do princípio da proporcionalidade para equilibrar as circunstâncias do caso concreto e harmonizar os interesses conflitantes.

Não obstante a maioria da jurisprudência e da doutrina brasileira serem contra a aceitação das provas ilícitas na instrução processual, não parece sensato que uma prova ilícita tenha a faculdade de anular uma decisão quando essa exprime a correta composição do litígio, demonstrando a realidade dos fatos e atos criminosos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Tiago Antunes de. **Notas acerca da reforma do Código de Processo Penal quanto às disposições gerais da prova:** análise de problemáticas relativas aos arts. 155 e 156 do CPP. Revista dos Tribunais, n. 897, p. 500, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal:** fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. Revista dos Tribunais, n. 882, p. 355, 2009.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **Rui Barbosa e as questões constitucionais essenciais do Poder Judiciário na República.** In: Jurispoiesis, Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, ano 1, nº 1, 1999.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas, Interceptação Telefônica e Gravações Clandestinas.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____, **Provas ilícitas:** interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Crime organizado e interceptação telefônica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 187, 9 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4692>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do Sigilo de Dados.** São Paulo; Fiuza Editores, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 9 mar. 2014.

_____, **Decreto-Lei nº 3.689, 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm > Acesso em: 9 mar. 2014.

_____, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 15 mar. 2014.

_____, **Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm > Acesso em: 22 mar. 2014.

_____, **LEI Nº 6.926, DE 24 DE JULHO DE 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm > Acesso em: 22 mar. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82788/RJ**. Paciente: Luiz

Felipe da Conceição Rodrigues. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator:

Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12/04/2005. **Diário da**

Justiça: 02/06/2006. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3D+20050412%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mbz2r44> > Acesso em: 22 mar. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 251.445/GO**.

Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça: 21/06/2000**. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3D+20050412%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mbz2r44> > Acesso em: 25 mar. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **AI 503617 AgR**. Relator: Ministro Carlos

Velloso. Segunda Turma. **Diário da Justiça: 1/02/2005**. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=+%28%28CAR>

LOS+VELLOSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3D+20050412%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/mbz2r44 > Acesso em: 25 mar. 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 3.982/RJ**. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Sesta Turma. **Diário da Justiça: 26/02/1996**. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4887460/apelacao-criminal-apr-5420-sc-1996000542-0/inteiro-teor-11435196> > Acesso em: 30 mar. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 70814/SP**. Paciente: Ulisses Azevedo Soares. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 01/03/1994. **Diário da Justiça: 24/06/1994**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=+%28%28CEL SO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CEL SO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CEL SO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CEL SO+DE+MEL LO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3D+19940301%29&base=baseAcord aos&url=http://tinyurl.com/lxqf7a9> > Acesso em: 30 mar. 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 128087/SP**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. **Diário da Justiça: 14/12/2009**. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8623647/habeas-corpus-hc-128087-sp-2009-0022951-2/inteiro-teor-13680064> > Acesso em: 1 abr. 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 143697/PR**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. **Diário da Justiça: 13/10/2009**. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5971077/habeas-corpus-hc-143697-pr-2009-0148654-5/relatorio-e-voto-12107441> > Acesso em: 1 abr. 2014.

_____, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo n. 1.0024.07.799175-0/001(1)**. Apelante: Lúcia Dias Fernandes de Paiva e outros. Relatora: Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires; Julgamento: 18/06/2009. **Diário da Justiça: 21/08/2009**. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br> > Acesso em: 22 mar. 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 138933/MS**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. **Diário da Justiça: 31/11/2009**. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=hc+138933> > Acesso em: 1 abr. 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 33462/DF**. Relator: Ministro Laurita Vaz. Quinta Turma. **Diário da Justiça: 07/11/2005**. Disponível em: <

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=hc+33462> > Acesso em: 1 abr. 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 69522/PR**. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. **Diário da Justiça: 14/05/2007**. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=hc+33462> > Acesso em: 1 abr. 2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Ação Penal nº 307-3 /DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=hc+33462> > Acesso em: 1 abr. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal, **RHC 85575/SP**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. **Diário da Justiça: 16/03/2007**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=+%28%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORL%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORV%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORA%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3D+20060328%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mv7kh7g> > Acesso em: 5 abr. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal, **HC 92020/DF**, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. **Diário da Justiça: 05/11/2010**. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5419300/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-92020-df-stf> > Acesso em: 5 abr. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 626214/MG**. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Wanderley Salgado de Paiva. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 21/09/2010. **Diário da Justiça: 08/10/2010** vol. 02418-09. Disponível em; < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em: 7 abr. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **HC 92488/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. **Diário da Justiça: 12/12/2008**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2892488%2ENUME%2E+OU+92488%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pyn4rn> > Acesso em: 5 abr. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques da. **Princípio da proporcionalidade *pro societate* na gestão da prova ilícita**: dilemas teóricos e usos cotidianos. Revista IOB, n.41, p. 65, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999. Vol. III.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura de tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FEITOSA, Denílson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Antônio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei n. 9.296/96**. Boletim IBCCRIM, edição especial. nº 45, agosto de 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal acusatório**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, Ano III, n. 169. out, 2006.

_____. **As provas ilícitas na Constituição**. In: O Processo em Evolução. 2. ed.. São Paul: Forense Universitária, 1998; Prova Emprestada. In: O Processo em Evolução. 2. ed.. São Paul: Forense Universitária, 1998.

_____; FERNANDES, Antônio Scarance; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HENRIQUE, Gustavo; BADARÓ, Righi Ivany. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Introdução à problemática científica do direito/ Hans Kelsen; trad. J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3 ed., rev., da trad. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1ª ed. atua. Campinas: Millennium Editora, 2000. vol. III

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Maria Gilmaise Olivier. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as Provas ilicitamente obtidas**. *In*. Temas de Direito Processual. 6ª série, São Paulo: Saraiva, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. volume único. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

NORONHA, Edgar M. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editoras Revista dos Tribunais, 2010.

_____, **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **A investigação criminal realizada por agentes infiltrados**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, ano 2, n. 2. Janeiro/junho de 2007, pp. 173-186. Disponível em: <
<http://flaviocardosopereira.com.br/pdf/Artigo%20infiltra%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20-%20Revista%20do%20MP-MT.pdf> >. Acesso em: 12 abr. 2014.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica Legislativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Impetus, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2006.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Teresina: Jus Navegandi. 2001. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110&p=2> >. Acesso em: 12 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. 3^a ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, César Dario Mariano da. **Prova ilícitas**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando C. **Manual de processo penal**. 3^o vol. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. **Provas ilícitas** (Enfoque Constitucional) In Revista dos Tribunais, nº 791, setembro de 2001.