

AS PROVAS ILICITAS, NA MODALIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Eder Luiz DA COSTA¹
Cleber Affonso ANGELUCI²

RESUMO: Os fins devem prevalecer em detrimento dos meios. É a partir dessa premissa, que o presente trabalho será desenvolvido. Os direitos fundamentais alicerçados no art. 5º, especialmente o previsto no inciso XII, expostos pela Constituição Federal de 1988, traz como regra geral a inviolabilidade da privacidade, exceto, para fins de investigação criminal e instrução processual. Com isso, diante do princípio da proporcionalidade, caberá a sua utilização quando os direitos constitucionais colidirem uns com os outros. Nesse contexto, devido o grande número de arquivos efetuados por ausência de autoria e materialidade, a solução foi a utilização da interceptação telefônica, como meio de se demonstrar a autoria e materialidade esperadas. O combate a criminalidade, diante dessa assertiva, passará a ser muito mais eficiente, condenado os culpados e absolvendo e prevenindo o cometimento de crimes contra inocentes. Todavia, o ordenamento jurídico pátrio, adotada a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, bem como das derivadas das ilícitas, consoante art. 5º, LVI e 157 do Código de Processo Penal, esta última com redação dada pela Lei 11.719/08, de 19 de junho de 2008. Contudo, nos dias atuais, mudanças vêm ocorrendo, sendo que, há tribunais admitindo algumas provas, que antes eram reputadas ilícitas, como lícitas. Por essa razão, entendo cabível a aplicação da teoria da admissibilidade (*male captum, bene retentum*), tudo em combate ao crime organizado, que vem devastando toda a sociedade brasileira e internacional de modo alarmante.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Proporcionalidade. Interceptação telefônica. Admissibilidade. Inadmissibilidade.

1 INTRODUÇÃO

O tema em análise delimita-se a abordar as provas ilícitas face à interceptação telefônica, aplicando-se como meio de sopesar os direitos em jogo, o princípio da proporcionalidade.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Dracena. e-mail: Eder-pauliceia@hotmail.com. Bolsista do Programa de Iniciação Científica

² Docente do curso de Direito das Faculdades de Ciências Gerenciais de Dracena. Professor e Advogado. Orientador do trabalho.

Isto é, nos dias atuais, a criminalidade tem crescido de modo alarmante. O combate pelo Estado tem se tornado intenso, contudo, não se consegue exaurir o cometimento de delitos. Certo é que, desde a implementação da interceptação telefônica, como meio de prova, seja na fase de investigação policial, ou até mesmo em fase judicial, bons alguns resultados práticos foram surgindo, melhor dizendo, conseguiu-se um meio de prova eficiente para combater a criminalidade, pois, em certos casos, não há outro meio de se desvendar uma espécie delitiva, a não ser utilizando-se do aparato da interceptação das linhas telefônicas, mediante autorização judicial.

Há quem diga que, a interceptação colhida sem à autorização judicial, consiste em prova ilícita (teoria da inadmissibilidade). Doutro modo, tem entendimento de que, uma vez que o interesse público se mostra sobrepujante ao privado, isto é, o sopesamento dos interesses sociais, caberá a utilização daquele meio probatório, para apurar-se e condenar os criminosos pela prática dos crimes, bem como, que aqueles que transgrediram as normas legais, no tocante as formalidades da interceptação, sejam responsabilizados, também chamada de teoria da admissibilidade ou *male captum, bene retentum*.

Contudo, para rechaçar essas dúvidas, aplica-se o princípio da proporcionalidade, buscando sopesar os direitos e garantias que estão colidindo, sendo que, realizado a escolha entre um ou outro direito de liberdade pública, aquele que prevalecer, deve se embasar em uma das teorias existentes, aplicando-se o direito objetivo.

Assim, justifica-se em dizer que, o projeto se pauta na ideia de analisar as provas ilícitas sob uma análise constitucional e legislação especial, buscando combater a criminalidade de modo eficiente, coibindo uma burocracia exacerbada, o que pode comprometer a identificação e punição dos autores de vários crimes, que antes não podiam ser desvendados.

Sua relevância social demonstra-se em provar a prática de alguns crimes, que em tempos remotos, muitos inquéritos policiais eram arquivados por ausência de autoria. Dado essa importância, vê-se claramente que a tecnologia está atrelada ao direito, buscando meios e mecanismos eficazes, na busca de uma sociedade justa, dismantelandos quadrilhas, prendendo os autores dos crimes e aplicando o direito com responsabilidade, valendo-se da devida justiça.

Os objetivos voltam-se a demonstrar a valia que possui a interceptação telefônica no bojo do processo penal; as distinções entre escuta, interceptação e gravação telefônica, bem como, que, a dosimetria dos dogmas constitucionais em relação ao princípio da proporcionalidade.

No tocante ao desenvolvimento, o presente trabalho serviu-se de materiais de pesquisa concernentes á doutrinas, textos jurídicos, jornais, revistas especializadas, artigos científicos e textos eletrônicos.

Por derradeiro, conclui-se que, há divergência estabelecida entre julgadores sobre o tema enfocado, trás a baila uma discussão sobre como deverá ser a opinião majoritária daqui á alguns anos, onde, reporte-me pela teoria da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

2 VISÃO GERAL SOBRE O INSTITUTO NA ATUALIDADE

Ordienamente no cotidiano das pessoas, sendo elas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como nos ditames da carreira jurídica, todos se deparam com fatos que, necessariamente, após serem trazidos à baila para uma discussão, devem eles ser provados, para que surtam todos os seus efeitos jurídicos, e necessariamente a comprovação ou não de uma determinada matéria alegada.

Assim, muitas das vezes, provas serão produzidas com o intuito de burlar a legislação, causando um envenenamento do processo e eventualmente a sua anulação, posto a sua ineficácia. Nesse sentido, pode-se entender que, todas as provas carreadas aos autos de modo ilegal – não observando as formalidades preconizadas em lei – geram a sua inutilização. Pois bem, o artigo 5º, inciso LVI da Carta Política Majoritária, estabelece que, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, assim, colocou em discussão a questão da inadmissibilidade no processo das provas ilícitas em termos aparentemente absolutos.

Nos ditames da Professora Ada Pellegrini Grinover, na obra *Teoria Geral do Processo*, citando as Ordenações Filipinas, a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões sobre as questões de fato. Assim, nesse contexto, segue-se uma linha de raciocínio da qual demonstra que o magistrado ao produzir seu livre

convencimento, pauta-se nas provas elencadas nos autos da ação que tramita perante um órgão incumbido de exercer função jurisdicional.

No mesmo sentido, *Alexandre de Moraes – em sua obra Direito Constitucional*, em consonância com o disposto anteriormente acrescenta que as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas com a infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com a violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Indo mais além, ressalta, citando trecho de decisão proferida pelo Pretório Excelso:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos direitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (Moraes, 2006, pág. 99).

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal tem seu posicionamento fundamentado pela inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos e as dela derivadas, vale dizer, todas as provas que forem colhidas e levadas à demanda, bem como aquelas que sejam frutos de provas manifestamente ilegais, devem ser banidas do processo, vez que, as provas ilícitas e as ilícitas por derivação – *aquelas que infringem normas do direito material* - devem ser inadmissíveis.

O princípio norte-americano do Fruto da Árvore Envenenada, adotado pela legislação vigente, amolda-se aos patamares da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, pois, é oriundo da Suprema Corte Americana, no qual, no ano de 1914, em *Weeks v. USA*, num processo da Justiça Federal, em que teria havido a descoberta de algumas evidências por meio de uma busca ilegal, acabou por revelar

o princípio em tela, no qual foi reconhecido pela Suprema Corte que as provas contidas naquele processo estavam contaminadas, pois, a busca foi realizada em desacordo com as normas previstas naquele ordenamento, tornado-se inadmissíveis (QUEROBIM, 2008, pág. 91).

Consolidando a posição acima, preleciona o professor Alberto Germano, no que tange à prova ilícita por derivação (lícitas em si mesmas, mas oriundas de alguma informação extraída de outra ilicitamente colhida), chega-se à mesma conclusão da Suprema Corte norte-americana e adotada de forma majoritária pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, que não deve ser aceita no ordenamento jurídico uma prova obtida de outra ilícita, salvo naqueles casos em que um bem axiológicamente superior está em jogo (proporcionalidade).

Fez bem em demonstrar o posicionamento majoritário, oriundo do direito norte-americano, pois, realmente, conforme suscitou, o vício da planta se transmite aos seus frutos, por isso a denominação de Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa ou Envenenada (*fruit of the poisonous tree*). A regra é que não se deve admitir a validade de um elemento probatório colhido de outro reputado ilícito, pois, do contrário, se estaria retirando totalmente a eficácia do comando constitucional a propósito da proibição da prova ilícita.

No mais, devido às inúmeras transformações sociais nos últimos anos, a legislação pátria tem sofrido mudanças diárias, de modo que, a cada dia busca-se a elaboração de textos de lei condizentes com a realidade jurídica e social brasileira. Assim, diante da matéria suscitada, o posicionamento majoritário é o da inadmissibilidade das provas ilícitas, bem como as derivadas, conforme preceitua o inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Diante da recente reforma processual penal, ocorrida no ano de 2008, adveio a Lei 11.690/08, que modificou a relação atinente as provas no processo penal, acrescentou os §§ 1º e 3º ao artigo 157, dando amparo à posição da Colenda Corte.

Face à sistemática adotada, existem duas correntes acerca das provas ilícitas, sendo uma corrente que prega a teoria da admissibilidade das provas ilícitas e, de outro lado, há aqueles aos quais adotam a Teoria da Inadmissibilidade de elementos probatórios oriundos de meios ilícitos por sua natureza, sendo que, este último, se agasalha ao princípio da proporcionalidade.

No que diz respeito á Teoria da Admissibilidade das provas ilícitas, amparou-se os adeptos dessa corrente pelo condicionamento dos princípios do “livre convencimento do juiz” e da “verdade real”, conforme nos ensina o escólio de Luis Francisco Torquato Avolio (Avolio, 2003, pag. 44/45): O condicionamento dos dogmas do “livre convencimento” e da “verdade real” fazia com que eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos. Nesse sentido, entre os juristas alemães, Schönke sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; Guasp reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. [...] Embora partindo de pressupostos diversos, as teorias englobadas sob a rubrica da admissibilidade das provas ilícitas postulam a sua utilizabilidade no processo, reservando ao infrator as sanções cabíveis. Inutilizáveis, no processo, seriam somente as provas que a própria lei processual prescreve.

Em contrapartida, partindo da premissa da inadmissibilidade das provas ilícitas, busca-se coibir o cotejo dessas espécies de provas, posto a contaminação que causará ao processo, tendo como ponto crucial de proteção os direitos e garantias individuais do homem, previstos e amparados pela Carta Maior.

Seguindo esse raciocínio lógico demonstrado até o presente momento, vale dizer, recapitula-se, a doutrina que prevalece no sistema pátrio é a da *inadmissibilidade das provas ilícitas*. Por sua vez, nem todo principio constitucional é absoluto, de modo que pode ser alterado por emenda constitucional. Quando, existente prova, sabido ser obtida mediante meios ilícitos, com a finalidade precípua de defender as liberdades públicas fundamentais, a Constituição Federal abre uma exceção, mencionando o seguinte paradigma:

Aqueles que praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderá invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado. (...) note-se que não se trata de acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estão sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas.

Assim, agindo - em legítima defesa – a ilicitude da colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do artigo 5º, da Carta Magna (MORAES, 2006, pág. 104/105).

Ada Pellegrini Grinover ensina que “as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineficácia” (GRINOVER, p. 141).

1.2 Da interceptação telefônica

1.2.1 Conceito

Quando do tratamento das provas ilícitas, sob a análise da interceptação telefônica, deve-se primeiramente falar sobre o que consiste a interceptação telefônica.

A interceptação telefônica, nada mais é do que a captação de uma conversa telefônica, realizada por um terceiro, estranho aos fatos, que a partir de uma determinação judicial, com o objetivo de se colher provas para um procedimento criminal ou em fase de instrução, realiza as captações.

1.2.2 Espécies de interceptação telefônica

Cabe salientar sobre a diferença existente entre as interceptações *lato sensu* das gravações clandestinas, entendidas as primeiras, *lato sensu*, como a atividade de um terceiro voltada a deter na passagem a conversação desenvolvida entre dois interlocutores; as gravações consistem na atitude de registrar conversa própria, submetendo-se a disciplina diversa daquela das interceptações. Distinguem-se também, *lato sensu*, as interceptações das escutas, pelo fato de nestas ocorrer o

consentimento de um dos interlocutores telefônicos. Diferenciam-se, ainda, as interceptações telefônicas, propriamente ditas, ou interceptações *stricto sensu*, das interceptações ambientais, quais sejam aquelas que se realizam em relação a uma conversa entre presentes, sem interferência nos aparatos telefônicos. As gravações clandestinas podem ser feitas através de telefone (gravações clandestinas propriamente ditas) ou entre presentes (gravações ambientais). [...] As gravações clandestinas não se submetem à disciplina das interceptações telefônicas; se não importarem em violação do direito à reserva das comunicações, o seu resultado pode ser admitido no processo; ainda que se afigurem ilícitas, pode haver justa causa que as legitime como meio de prova, ou, sob outro enfoque, podem suscitar a aplicação do princípio da proporcionalidade. (Avolio, 2003, páginas 163 e 164).

Dijosete Veríssimo da Costa Júnior, em trabalho científico, aduz que “podemos aferir que houve infelicidade dos legisladores ao redigir o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, acarretando interpretações duvidosas sobre sua intenção. Resguarda a norma o sigilo das comunicações em todas as suas formas, permitindo a quebra somente em caso de comunicação telefônica verbal para fins de investigação criminal ou investigação processual penal, mediante autorização judicial”. (GERMANO, 2009).

Segue dizendo, “vislumbrou o constituinte com essa restrição a quebra do sigilo, proteger as informações correntes em redes de computadores por vias telefônicas ou similares. Com o avanço tecnológico, hoje é possível interligar computadores via rede telefônica, permitindo assim obter informações institucionais ou empresariais permanentemente atualizadas. Essa troca de dados entre os computadores foi um dos fatores que levaram ao legislador a introduzir na redação deste inciso a inviolabilidade da comunicação de dados”³.

Nesse patamar de ideias, tem-se que, a interceptação telefônica, bem como suas espécies, sempre que amparadas legalmente por ordem judicial, são meios eficazes de produção de provas. Ressalte-se que, a interceptação, judicialmente autorizada, somado ao princípio da proporcionalidade, tem viés de balancear os direitos postos em discussão, objetivando que a lei seja aplicada, sem, contudo, macular os direitos e garantias individuais, pois, o direito social deve

³ Polêmicas processuais das interceptações telefônicas (grampo telefônico). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2093, 25 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12523>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

prevalecer sobre o direito de privacidade, em determinados casos, visando uma proteção jurídica de toda a coletividade em desfavor de uma única pessoa, que não teve comportamento compatível com os demais seres.

2. Do direito à prova

2.1 Conceito de prova

O termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo *provar* – *probare*-, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (NUCCI, 2010 - Pág. 388).

Dito isso, compreende-se que a prova é tudo aquilo, que trazido ao processo, por meios legais, seja capaz de demonstrar a verdade real dos fatos, embasando, desta feita, o livre convencimento motivado do magistrado.

Portanto, devemos nos ater a ideia central de que a prova é luz que ilumina o processo para dar amparo à livre convicção motivada do magistrado.

Posto isso, cabe salientar a importância de se distinguir a diferença entre **produção da prova e meio de prova**.

Por *produção da prova*, entende-se que, é o momento em que a prova propriamente dita está sendo trazida à conhecimento das pessoas, sejam as que participam da relação processual ou instrução criminal, seja terceiras pessoas desvinculadas (ex: mídia). Assim, entenda-se que, a produção da prova é o advento, surgimento do conteúdo a ser utilizado como embasador da livre convicção do magistrado acerca do caso.

De outro lado, o *meio de prova*, entende-se como todo o aparato utilizado para a obtenção de um meio probatório, de forma direta ou indireta. Isto é, a obtenção da prova é extraprocessual; melhor dizendo, ocorre antes da fase processual. Melhor dizendo, o momento de produção da prova é *anterior ao procedimento judicial*.

Em arremedo de conclusão acerca do tema, cabe salientar que, essas duas diferenças básicas se fazem pertinentes para diferenciar as provas ilícitas da ilegítimas, o que será abordado em título próprio.

3. Das provas ilícitas

3.1 Conceito

No contexto das provas, ponto interessante é o que diz respeito as provas ilícitas, haja vista que é matéria atual e de grande repercussão social. Há adeptos de todos os pontos de vistas, sendo que, existem duas correntes majoritárias acerca do tema.

Com efeito, entende-se por prova ilícita, aquela colhida em desacordo com o estabelecido na lei material (normas e princípios), ou seja, ilícita é reputada toda a prova produzida contrariamente a normas constitucionais ou legais.

Assinala a doutrina, ainda, que as provas ilícitas são o gênero dos quais são espécies as provas ilegítimas e as ilegais, bem como as derivadas das ilícitas (esta última espécie encontra guarida no artigo 157 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/08.

3.2 Distinção entre provas ilícitas e ilegítimas

Pode-se dizer que, toda vez que forem produzidas provas com desrespeito a norma legal, há que se falar em provas *ilícitas*.

Ilícitas, portanto, são as expurgadas pelo artigo 5º, LVI, da Carta Política Majoritária.

Consequentemente, nos termos do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei 11.719, de 19 de julho de 2008), *in fine*: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais”.

Assim, patente que, o sistema constitucional, bem como o processual penal rechaçam as provas contrárias a sistemática legal, vez que, havendo o efeito do desentranhamento dessas provas do processo, á sua permanência nos autos, acarretará quando suscitado, a sua ineficácia perante o caso concreto. Exemplo citado pela doutrina dominante é o caso da obtenção da prova mediante tortura.

Bem mais, no que tange a *prova ilegítima*, a de consignar que, esta é quando de sua produção, fere direito processual; em outras palavras, a prova ilegítima se afigura produzida em momento intra-processual (em juízo), ocasião em que é maculada.

Nessa assertativa, aduz o Professor Luiz Flávio Gomes⁴:

não se pode confundir o conceito de prova ilícita com o de prova ilegítima. A prova ilícita viola regra de direito material; a prova ilegítima ofende regra de direito processual. Esse primeiro fator distintivo é relevante, mas insuficiente. Outro fator muito importante diz respeito ao momento da ilegalidade : a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual); a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (dentro do processo). Ou seja: a prova ilícita é extra-processual; a prova ilegítima é intra-processual. Outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada: a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada); a prova ilegítima é nula (assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP).

Aduz ainda que, há diferença marcante entre a produção e a colheita de uma prova, fatos estes que não se confundem, contudo que levam ao mesmo fim, qual seja, a invalidade e desentranhamento daquela prova dos autos, pois sua permanência gera a contaminação das demais provas contidas naquele feito. Vejamos.

Ao falar em provas ilícitas, a que se cogitar na infringência de matéria de ordem constitucional ou legal. Tendo em vista que o devido processo legal é o cerne de todo procedimento, no momento em que a prova for introduzida no processo, seja no momento da produção ou obtenção, haverá afronta a esse primado constitucional.

⁴ Gomes, Luís Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. Extraído de: Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - 19 de Outubro de 2009. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>

Isso leva a crer que, no tocante as provas ilícitas e ilegítimas, violar uma norma material ou processual, face á sua obtenção ou produção, tem grande relevância jurídica doutrinária, pois, como já mencionado, na prática a finalidade será a de invalidar aquela prova.

Explico. Meio de obtenção de prova, não se confunde com meio de produção, ao passo que, a obtenção, entenda-se, ocorre antes da fase judicial, de modo que, a produção ocorre em momento posterior, intra-processual.

3.1.3 Teorias da inadmissibilidade e admissibilidade

Há, na ótica do tema em destaque, duas correntes acerca do tema.

A primeira, também chamada de teoria da inadmissibilidade, vige em nosso sistema jurídico.

Uma outra, também chamada de teoria da admissibilidade das provas ilícitas, se pauta no princípio da proporcionalidade, buscando, através do sopesamento de bens jurídicos, elencados na Constituição, como liberdades públicas, a melhor adequação ao caso em concreto, visando, a solução do caso, prevalecendo-se, para fundamentação da decisão, de uma prova considerada lícita, face ao primado apontado.

3.1.3.1 Teoria da admissibilidade das provas ilícitas

Segundo o jurista alemão Schönke, citado por Avolio, “o direito da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento”. Isto quer dizer que, cabe o Estado, punir o agente que cometer infringência as regras processuais e legais, sendo que, a prova obtida com desrespeito à essas normas, deve ser validade e, utilizada como meio probatório para se provar a verdade dos fatos. O que o jurista alemão quis dizer, é que, inutilizáveis no processo, seriam apenas as provas que a própria lei processual prescreve (AVOLIO, 2003, página 45).

Assim, encontramos diante da chamada teoria da *male captum, bene retentum*.

Corroborando essa tese, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no RHC 7216, entendeu que:

PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido.

Acrescenta Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER), que é "inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male captum bene retentum*): significa ela, ao mesmo tempo, a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade. No Estado de Direito, a repressão do crime não pode realizar-se pela prática de ilícitos, que são, freqüentemente, ilícitos penais"⁵.

Em suma, utiliza-se a prova, mesma que seja produzida em desacordo com sistemática normativa, punindo-se, ao final, os infratores da norma, seja ele o Delgado, o Promotor de Justiça, o Advogado e o Assistente.

3.1.3.2 Teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas

Há teor desse posicionamento, preliminarmente, cabe destacar que, imbuídos dessa visão, tem-se em mente que, os direitos e garantias fundamentais, devem ser observados e garantidos, sobre toda e qualquer forma de direito social, plenamente estabelecido no ordenamento jurídico pátrio.

Isso reporta-se a dizer que, as garantias e direitos fundamentais do ser humano, abrangidos e intitulados na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, e seus incisos, veda que provas ilícitas, bem como suas espécies, sejam utilizadas em

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Interceptação telefônica face às provas ilícitas. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3274>

desfavor das liberdades públicas, visando uma afronta à própria lei do Estado Democrático de Direito.

O Guardião da Constituição se posicionou acerca do tema da seguinte maneira, conforme acórdão proferido pelo Ministro Moreira Alves, em voto no Habeas Corpus 74.678-1/SP:

seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.

A jurisprudência mostra-se pacífica em embasar-se nessa teoria, devido à prevalência dos direitos fundamentais sobre quaisquer atos praticados em seu detrimento.

Entendimento este, que somente pode ser utilizado quando baseado na prova ilícita *pro reo*, isto é, a prova firmada em afronta a preceito constitucional, garantindo ao réu o direito de provar sua inocência.

Por esse sistema, entende-se que a prova, assim colhida, não deve ser desentranhada do processo, mais, deve ser considerada nula.

3.2 Da inadmissibilidade das provas ilícitas no direito comparado

No cenário internacional, as provas obtidas em violação a Lei maior de um País ou as leis esparsas, devem ser rechaçadas, abolidas, desentranhadas do processo.

Segundo esse ponto de vista, alguns posicionamento serão elencados abaixo para melhor elucidação, conforme à lição de Luiz Francisco Torquato Avolio:

a maioria dos ordenamentos comparados prevê atualmente a inutilizabilidade no processo das provas ilícitas, segundo critérios próprios: na Itália e Alemanha, por disposição expressa dos respectivos Códigos de Processo Penal; nos Estados Unidos da América, por construção

jurisprudencial a partir do enunciado da IV Emenda à Constituição, consubstanciada na *exclusionary rule*; na Espanha, por disposição genérica contida na Lei Orgânica do Poder Judiciário sobre as provas obtidas a partir de violação dos direitos ou liberdades fundamentais; e, na França, pela interpretação de dispositivos processuais que regulam as nulidades (AVOLIO, 2003, páginas 43/55).

Dito isso, empreende-se a afirmação sobre a prevalência no cenário internacional da exclusão das provas tidas como ilícitas, ilegítimas e derivadas das ilícitas.

Do mesmo modo, ocorre em solo nacional, diga-se, na República Federativa do Brasil.

Ademais, tem-se por derradeiro que, a prova assim produzida, deverá ser abolida, desentranhada dos autos, sob pena de contaminar o processo com o vício da autodestruição.

3.3 A teoria da proporcionalidade

Por proporcionalidade entende-se o sopesamento, balanceamento de direitos fundamentais constitucionalizados, quando se conflitarem.

Melhor dizendo, o escólio de Maria Sylvia Zanella di Pietro, citada por Avolio, ressalta que, “ir além do necessário para a satisfação do interesse público que se visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-os ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais” (AVOLIO, 2003, pág. 58).

Na obra *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônica*, de Raimundo Amorim de Castro, o posicionamento está em consonância com o exposto, vez que:

Pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente a ideia de proporção ligava-se somente às penas. A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis para impedir os órgãos do Poder Executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos dos cidadãos (Castro, Raimundo de Amorim, 2009, pág. 104).

Assim, dimensionando o que é proporcionalidade, completa Pedro Lenza, parafraseando a doutrina de Karl Larenz, em que Coelho esclarece:

“utilizado, de ordinário para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios - o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e continua a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico” (LENZA, 2010, pág. 138).

Nessa tangente é que a interceptação telefônica será abordada, na busca real dos fatos, mesmo que aqueles que infringirem as normas concernentes à formalidade da concessão da interceptação, tenham que ser punidos.

3.4 Das provas ilícitas derivadas – fruto da árvore envenenada

Oriunda do direito norte americano, a teoria dos frutos da árvore envenenada, trás as provas ilícitas a noção de que, toda a prova produzida ou colhida em desacordo com as normas formais a ela atinentes são consideradas ilícitas. Portanto, aquelas provas que dela derivarem, também o serão.

Ressalto, o princípio norte-americano do Fruto da Árvore Envenenada, adotado pela legislação vigente, amolda-se aos patamares da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, pois, é oriundo da Suprema Corte Americana, no qual, no ano de 1914, em *Weeks v. USA*, num processo da Justiça Federal, em que teria havido a descoberta de algumas evidências por meio de uma busca ilegal, acabou por revelar o princípio em tela, no qual foi reconhecido pela Suprema Corte que as provas contidas naquele processo estavam contaminadas, vez que, a busca foi realizada em desacordo com as normas previstas naquele ordenamento, tornado-se inadmissíveis.

Diante disso, não resta dúvida de que, “o fruto podre afeta todos os demais”, salvo quando não guardar conexão com aquele da qual se originou.

Segundo o voto do Ministro Moreira Alves, este, favorável à admissibilidade das provas ilícitas por derivação, argumenta que, a prevalecer a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, a descoberta de uma pista que conduza a provas cabais de um crime grave, como o tráfico, poderia se transformar num ‘verdadeiro *Bill* de indenidade para esses criminosos” (AVOLIO, 2003, pág. 139).

Nesta mesma linha de raciocínio é a posição do STF, de acordo com o voto do Ministro Celso de Mello, na ação penal nº 307-3/DF da seguinte forma:

A norma inscrita no artigo 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988 consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do Direito Processual*, pág. 60/82, 1990, Forense Universitária; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Rivista di Diritto Civile*, pág. 112, 1961; Vincenzo Vigoritti, *Prove illecite e costituzione*, in *Rivista di Diritto processuale*, pág. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada sempre - pelos Juízes Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por elas apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, op. cit., pág. 62, 1990, Forense Universitária). 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 lícitas, 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.(...) **Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que se 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...** (STF, Ação Penal 307-3/DF, Plenário, relator Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995) (GRIFO NOSSO)⁶.

Por esse enfoque, evidente que, a Constituição de 1988 procurou repelir e banir do processo toda a prova revestida de ilicitude, evitando, que as demais sejam contaminadas, evitando a decretação de nulidade do processo.

3 CONCLUSÃO

⁶ Cartaxo Filgueiras, Isaura Meira. Teoria da Árvore dos frutos envenenados. <http://jusvi.com/artigos/29900>. Revista Jus Vigilantibus, Sexta-feira, 23 de novembro de 2007. Acessado em 30 de abril de 2010 às 03:34.

Levando-se em consideração que o artigo 5º, inciso LVI, considerada de sobremaneira o repúdio as provas ilícitas, bem como as derivadas, vez que com a mudança do Código de Processo Penal em 2008, com o advento da Lei nº 11.719, as provas derivadas das ilícitas, também não podem ser consideradas no bojo do processo, havendo até quem discorde, contudo, o entendimento majoritária, porém não totalitário, é o das admissão a teoria da inadmissibilidade.

No que tange a interceptação telefônica, cabe mencionar que, na seara criminal, constitui-se no meio probatório mais eficiente dos últimos tempos, vez que, em determinados crimes a materialidade e autoria só conseguem ser comprovadas através da captação da conversa telefônica. Assim, havendo a interceptação, o direito de liberdade-privacidade está sendo lesionado. Porém, uma vez decretado pelo juiz que se proceda a interceptação, nos termos da Lei 9296/96, este direito não esta sofrendo qualquer abalo. Doutro modo, se realizado a captação de conversa telefônica, sem a devida autorização judicial, ilícita esta o é.

Assim, os tribunais nacionais possuíam a tese de que as provas ilícitas devem ser desentranhadas, rechaçadas, abolidas do processo, todavia, devido á modificação social estar ocorrendo de forma desregrada, á situações em que o legislador bem como o aplicador do direito tem que se pautar nos princípios basilares para a solução do caso prático, como no caso em tela, onde se aplica o princípio da proporcionalidade á interceptação telefônica, buscando sempre a verdade real dos fatos, mesmo que alguns direitos sejam afetados de alguma maneira.

Com isso, o Estado, evitando que o réu fosse prejudicado, trouxe, através da constituição, de maneira implícita, o princípio da proporcionalidade que, somente se aplica quando os direitos fundamentais, garantidos na Carta Maior colidirem, sendo que, o de maior relevância deve ser aplicado em detrimento do de menor ênfase no caso concreto.

Por essa razão, havendo a realização de uma interceptação telefônica, sem autorização judicial, para apurar, *vide gratia*, uma quadrilha internacional de tráfico de drogas, questiona-se: levando-se em conta que essas quadrilhas são, não raros, internacionais, com grande poder aquisitivo, se aplicarmos os princípios do superior interesse do Estado, segurança nacional, ordem publica e proporcionalidade, quais valores constitucionais devem ser valorizados, o *social/coletivo* ou *privado*?

Diante desse questionamento, é que, reportando-se ao princípio da proporcionalidade que alega emanar diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins, entendo que, para combater a criminalidade, utilizando-se dessa premissa e da interceptação telefônica como meio de prova, a prova que ali emanar é válida, mesmo que tenha contrariado dispositivo de lei, em que reza o cumprimento do disposto, pois, se assim não tivesse ocorrido, aquele crime nunca seria descoberto, ou mesmo o sendo, talvez seus autores nunca poderiam ser condenados.

Se assim acontecesse, estaria sendo feito a justiça que o povo brasileiro espera a anos, e a sociedade estaria protegida em tese, dos criminosos que os cercam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas –interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, páginas 45, 46 e 47.

_____. **Provas ilícitas –interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, página139.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas**. 22 edição, Editora Juruá, ano 2009, pág. 104.

FILGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. <http://jusvi.com/artigos/29900>. **Teoria da Árvore dos frutos envenenados**. Revista Jus Vigilantibus, Sexta-feira, 23 de novembro de 2007. Acessado em 30 de abril de 2010 às 03:34.

GERMANO, Alberto. **Polêmicas processuais das interceptações telefônicas (grampo telefônico)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2093, 25 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12523>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

GOMES, Luís Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. Extraído de: Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - 19 de Outubro de 2009. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interceptação telefônica face às provas ilícitas. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3274>

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14^a Edição, revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, página 138.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. Atlas. 21^a Edição, ano 2006 - pág. 99.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5^a Edição, revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, página 388.

QUEROBIM, Eduardo. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de São Paulo**. São Paulo, 2008, ano 1- Vol. 2. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Pág. 91.