

CONSIDERAÇÕES AO PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Leiliane Freitas Almeida Wenzel*

INTRODUÇÃO

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos assumiu nova dimensão no sistema brasileiro com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O artigo 5º. LVI da Carta Magna expõe expressamente a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, entretanto, vários questionamentos ficam em aberto, tais como a aceitabilidade ou não do princípio da proporcionalidade e a compreensão ou exclusão da verdade constitucional das denominadas “provas ilícitas por derivação”.

Os questionamentos contribuem para o desenvolvimento dialético da matéria, pois direcionam ao aprofundamento de uma conclusão que traga maior segurança na solução dos problemas existentes provenientes da decisão tomada quando da discussão sobre as provas obtidas por meios ilícitos.

O objeto deste trabalho é analisar o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos englobando aspectos atuais existentes na ordem jurídica pátria, pois os cidadãos tem o direito a um ordenamento jurídico que proteja e defenda os interesses de todos e não apenas de uma minoria privilegiada.

Procura-se, ao discutir o assunto, compreender as conseqüências processuais da inadmissibilidade das provas ilícitas.

A pesquisa compreendida foi eminentemente bibliográfica, servindo-se, também, de julgados que versaram sobre a matéria relacionada ao tema.

Será feita uma abordagem sobre o direito à prova e sua proteção jurídico-constitucional, enfocando a previsão constitucional e alguns posicionamentos existentes e uma abordagem sobre a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Finalmente o que se pretende com o presente trabalho é expor o tema com clareza e simplicidade, dando um enfoque do que existe de atual no ordenamento jurídico, haja vista as constantes transformações existentes na sociedade.

1. O DIREITO À PROVA E A PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

1.1 A proteção da prova

* Delegada de Polícia Civil do Estado do Ceará. Professora substituta da Universidade Federal do Ceará. Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada pela Escola Superior do Ministério Público. Licenciatura plena em disciplinas específicas do ensino básico pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará -ESMEC

Numa seara processual, e essencialmente na previsão da existência do binômio segurança social-liberdade individual, verifica-se o confronto das correlatas exigências de tutela da coletividade e da pessoa humana que se manifesta onde surge a problemática das provas obtidas com infringência às normas ou princípios de direito material, especialmente daqueles que garantem a inviolabilidade da intimidade do indivíduo.

O direito à prova é assegurado constitucionalmente, estando inserido nas garantias da ação, da defesa e do contraditório, entretanto não é absoluto, pois encontra limitações no ordenamento jurídico pátrio.

Sobre a matéria, dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, *in verbis*:

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 seguintes termos:

.....

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

1.2 A produção de prova no processo penal e o direito de liberdade

O processo é o instrumento jurídico pelo qual se busca reproduzir os fatos que condizem se aproximar da verdade, objetivando assegurar os direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico.

Rangel¹ enfatizada que é através do processo que também se busca a comprovação dos fatos da causa, ou melhor, os fatos deduzidos em juízo pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e igualmente de defesa.

O *thema probandum* consiste em meios legais, ou ainda moralmente legítimos que servem de embasamento para a produção de uma decisão final.

A prova deve ser lícita, uma vez que é produzida num contexto processual advindo num Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Rangel² diz que:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que **não admite** a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados).

Tratando-se de provas ilícitas, inexistente distinção entre a sua inadmissibilidade no processo penal ou no processo civil, não fazendo tal diferenciação a Carta Magna.

1 RANGEL, Paulo, *Direito processual penal*. 8. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Lumen Júris, 2004, p. 405.

2 RANGEL, Paulo, *Direito processual penal*. 8. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Lumen Júris, 2004, p. 415.

Discute-se na investigação criminal ou no processo penal se as provas obtidas ilicitamente podem ser utilizadas para impedir a prática de um crime de exacerbada gravidade ou propiciar a punição de seus autores.

O direito brasileiro apenas permite o uso da prova ilícita *pro reo*, argumentando seu acolhimento primordialmente no princípio do estado de inocência.

A produção de provas ilícitas pode gerar as chamadas provas ilícitas por derivação, chamada pela Suprema Corte norte-americana de teoria dos frutos da árvore envenenada –*fruits of the poisonous tree*.

A referida doutrina esclarece que a prova ilícita originária ou inicial contamina as demais provas decorrentes, o que foi chamada de ilicitude por derivação.

Sendo assim, se a investigação criminal busca o esclarecimento do fato delituoso e a descoberta da autoria, portanto, necessário se faz que as provas colhidas sejam lícitas para respaldar a ação penal.

Caso sejam as provas ilícitas, devem estas serem desentranhadas dos autos processuais, e caso sirvam de alicerce para decisões devem estas serem consideradas nulas.

A respeito da produção de prova, o STF passou inicialmente a ter um posicionamento e posteriormente se manifestou de forma mitigada a respeito da produção de provas ilícitas. Vejamos a seguir duas decisões que respaldam essa linha de pensamento da Corte Maior de nosso Estado apresentando posicionamentos diferenciados:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, de julgamento de ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente. Votação por maioria. (HC nº 69.912-RS – Rel. min. Sepúlveda Pertence. Publicado DJ: 25/3/1994, p. 6.012. Julgamento 16/12/1993 – Tribunal Pleno).

Hábeas corpus. Prova ilícita. Escuta telefônica. Fruits of the poisonous tree. Não acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.7.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Hábeas corpus indeferido. Unânime. (HC nº 74.599/SP Habeas Corpus. Relator Ministro Ilmar Galvão. Publicação DJ: 7/2/1997 p. 1.340. Julgamento: 3/12/1996 – Primeira Turma).

Assim, o entendimento moderno é de que a prova colhida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito é inadmissível no processo, pois ainda que ilícita por derivação acarreta a nulidade processual.

2. O PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

2.1 Da prova

Conceitua-se prova como o meio pelo qual se procura estabelecer a existência da verdade. Pode-se dizer que é os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz com o intuito de obter dentro do processo a existência de certos fatos.

A finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos essenciais para a decisão da causa.

O objeto desta são todos os fatos, sejam eles principais ou secundários, que precisem de uma análise judicial e exijam uma comprovação. Importante esclarecer que a prova pode recair sobre fatos de natureza diversa, tais como, um cadáver, substâncias nocivas, insanidade mental etc.

Cumprir informar que somente os fatos duvidosos é que necessitam de comprovação, portanto, são estes que constituem objeto de prova. Os fatos evidentes representam o que é indiscutível, certo, indubitável, inexistente a necessidade de indagações.

O Código de Processo Penal pátrio enumera vários elementos de prova que podem ser apresentados objetivando convencer o juiz a formar sua decisão sobre os fatos alegados.

Importante ressaltar que no processo penal não existe limitação dos meios de provas, pois impera a autonomia, havendo restrições apenas quando estiver em evidência o estado da pessoa, que tem força de prejudicial.

O princípio do livre convencimento motivado está hoje consagrado pela doutrina processual como sendo o recomendável para a valorização das provas. Todavia o emprego desse princípio não significa liberdade de apreciação em termos que atinjam as fronteiras do arbítrio, pois o juiz ao sentenciar deve mencionar os motivos de fato e de direito para fundamentar sua decisão.

O artigo 5º, LVI, da Carta Magna menciona sobre prova ao dispor que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. A expressão “prova proibida, defesa ou vedada” significa aquela que não pode ser admitida nem valorada no processo.

Cumprir enfatizar que o artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inseriu novo direcionamento às interceptações telefônicas, permitindo-as por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei prescrever, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Foram incluídas reflexões sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regula a parte final do inciso mencionado na Carta Constitucional.

2.2 A essência do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

2.2.1 As diversas provas ilícitas

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra em seu artigo 5º, LVI que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*.

A prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa.

O direito à prova, embora fundamental para o direito de ação e defesa, não é absoluto, pois as partes tem limitações para produzir provas.

A prova é proibida ou vedada quando caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento no âmbito processual ou material. É com base nessa definição que os doutrinadores dividem as provas em ilícitas e ilegítimas.

A prova ilícita, ou ilicitamente obtida, compreende a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, pois a problemática da prova ilícita se relaciona ao tema das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias referentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana, e, ainda com o direito penal, civil, administrativo, onde já estão conceituados na ordem infra constitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais como as de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros.

Pode-se dizer que as provas ilícitas posicionam-se como espécie das “provas vedadas”, pois contrariam as normas de Direito material, quer quanto ao meio, quer quanto ao modo de obtenção.

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Essa espécie de “prova vedada” afronta normas de Direito Processual, tanto no momento da produção quanto da prova no processo.

Importante ressaltar que determinadas provas ilícitas constituídas mediante violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo serem consideradas ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo.

Nessa perspectiva, Grinover³ assevera a questão da ilicitude das provas dizendo que:

Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada.

É que as garantias constitucionais processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.

Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares em sanção, nem para nulidades relativas.

Quanto ao momento da transgressão da prova, pode-se dizer que na prova ilegítima a legalidade ocorre no momento de sua produção no processo e na prova ilícita pressupõe uma violação no momento da obtenção da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, entretanto externamente a este.

Observa-se o direito à prova, embora fundamental para o direito de ação e defesa, não é absoluto, pois as partes têm limitações para produzir provas. Com a vigência da Carta Magna de 1988, pode-se dizer que são inadmissíveis no processo tanto as provas ilegítimas,

³GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 21.

proibidas pelas normas de direito processual, quanto as provas ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.

Cumpra acrescentar que constituem provas ilícitas as obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e as conversações telefônicas colhidas não autorizadas judicialmente. (art. 5º, XII da CF/88); com violação do domicílio, salvo nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou por determinação judicial (art. 5º, XII da CF/88), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X da CF/88), outros.

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas tem como alicerce a moralidade dos atos praticados pelo Estado e o de que se a prova é ilícita ofende ao direito, não sendo, portanto, admissível.

2.3 As provas ilícitas por derivação

A doutrina anglo-americana inseriu no ambiente jurídico a Teoria da Árvore com frutas envenenadas (*fruits of poisonous tree*), a qual sustenta que uma prova ilícita original ou inicial contamina as demais provas decorrentes (ilicitude por derivação). Esclarece essa teoria que o vício da planta é transmitido para todos os seus frutos.

As provas ilícitas por derivação são aquelas colhidas licitamente, mas a partir de informação obtida por prova ilícita coletada.

Cumpra esclarecer que as provas derivadas das provas ilícitas estão eivadas pela ilicitude originária, porque a prova derivada só foi colhida, pois a prova original foi obtida através de meios obscuros ao direito.

A doutrina internacional e o próprio Supremo norte-americano entendem como exceção a vedação probatória das provas derivadas da ilícita quando a conexão existente entre uma e outra é frágil, não se empregando a primária e as secundárias como causa e efeito; ou quando as provas decorrentes da ilicitude poderia de qualquer modo ser revelada através de outros meios lícitos.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência propendem a aceitar a tese do frutos da árvore envenenada, acatando somente a prova colhida como derivada da prova ilícita quando se analisando o conjunto probante se verificar que aquela poderia ter sido retirada de outras provas licitamente obtidas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não estabelece posicionamento em relação à discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando a análise para a doutrina e a jurisprudência.

Vale salientar, ainda, que inexiste na doutrina e na jurisprudência uma posição pacífica, seja no direito comparado, seja no direito brasileiro, em relação ao assunto.

A posição majoritária do Supremo Tribunal Federal compreende que a prova ilícita originária contamina as demais provas dele derivada, em face da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Importante transcrever dois Acórdãos que explicam o assunto:

DA ÁRVORE ENVENENADA”- Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz - prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e 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”) -, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina do “frutos da árvore envenenada”, concedeu *habeas corpus* impetrado em favor de advogado acusado de crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz da causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente ao qual se chegara exclusivamente em razão de escuta -, confirmando a solicitação feita pela advogado na conversa telefônica, estaria “contaminado” pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiram o *habeas corpus*, ao fundamento de que somente a prova ilícita - no caso, a escuta - deveria ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912 -RS (DJ de 26-11-93), HC 73.351-SP (Pleno, 9-5-96; v. Informativo nº 30). HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12-6-96 -INFORMATIVO STF - Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 - nº 35.

HC 73.351 - SP - *habeas corpus*, rel. Min. Ilmar Galvão, m. v., j. 9-5-96, INFORMATIVO STF nº 30 - Ementa: *habeas corpus*. Acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art. 5º, XII, da Constituição Federal. *Fruits of the poisonous tree*. O Supremo tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inciso XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que “a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta” (IBCCrim - Boletim - Jurisprudência - agosto de 1996).

2.4 Teoria da proporcionalidade e a prova ilícita *in dubio pro reo*

A inadmissibilidade das provas ilícitas, obtidas com infringência a princípio ou normas constitucionais, vem sendo amenizada por outra corrente doutrinária, que defende a eliminação de possíveis desequilíbrios gerados pela rigidez da exclusão destas provas, quando ocorrer situações de relevante gravidade.

A teoria da proporcionalidade tem aceitado as provas ilícitas com excepcionalidade e diante de fatos de extrema gravidade, justificando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais oponentes.

Reconhece-se no processo penal a possibilidade da utilização de provas obtidas com violação a direitos fundamentais do réu ou de terceiros, desde que seja para favorecer o réu, explicando-se na teoria da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal entende que em matéria de provas ilícitas apenas aplica-se o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, tendo em vista o princípio da inocência (STF, HC nº 74.678-

DF, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª turma).

A prova ilícita *pro reo* é uma exceção considerada legítima, pois objetiva comprovar a inocência de um acusado.

Pode-se mencionar como exemplo o fato de uma interceptação telefônica clandestina que esclarece o verdadeiro autor da infração criminosa, quando se havia sido apontado injustamente a um inocente.

Torna-se prudente esclarecer a importância do limite na aplicação da teoria da proporcionalidade, sob pena de transgredir o princípio constitucional vedatório de uso processual das provas colhidas com ilicitude. Observa-se que não se pode conceber a regra da exclusão das provas ilícitas em âmbito absoluto.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não afasta bruscamente nenhuma tendência, haja vista que os direitos e garantias fundamentais não podem ser compreendidos em sentido absoluto, pois encontram restrições advindas do princípio de sua convivência, que determina a interpretação harmônica e globalizante das liberdades constitucionais.

Pode-se dizer que a teoria da proporcionalidade busca um certo equilíbrio entre os interesses sociais e o direito fundamental do indivíduo.

A teoria supramencionada reconhece a ilicitude da prova, entretanto, tendo em vista o interesse social predominante, admite que tal prova seja produzida.

2.5 Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo - *exclusionary rule*

O legislador constituinte de 1988 consolidou o sistema constitucionalista ao admitir no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

A antiga posição jurisprudencial adotava o sistema legalista em que admitia a prova ilícita e a considerava válida.

A Conseqüência da inadmissibilidade da prova ilícita consiste em sua exclusão dos autos do processo.

Cumprido esclarecer que inadmissibilidade da prova não se confunde com nulidade.

A nulidade é analisada após a introdução da prova no processo. Inexiste obstáculo a inclusão da prova nula no processo. Vale acrescentar que a prova enquanto não for julgada nula e ineficaz, gera efeitos juridicamente, numa presunção de validade *juris tantum*.

O sistema de inadmissibilidade da prova ilícita impede que tal prova seja incorporada nos autos.

A nulidade objetiva nulifica a eficácia de uma prova, enquanto a inadmissibilidade pretende impedir que a prova ilícita seja introduzida nos autos.

No sistema da inadmissibilidade a prova ilícita não pode persistir no processo, pois poderá influenciar no convencimento do juiz.

No direito norte-americano existe divergência em torno dos denominados *exclusionary rules*, que constituem o desentranhamento dos autos da prova considerada ilícita.

O Brasil adotou a posição dos norte-americanos, conseqüentemente, ocorrendo

provação do interessado, a prova ilícita deve desentranhada dos autos, tendo em vista a regra de exclusão (*exclusionary rule*).

3 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, GRAVAÇÕES CLANDESTINAS, INTERCEPTAÇÕES AMBIENTAIS

3.1 Espécies de interceptações

Nos dias atuais o emprego de meios eletrônicos para conhecer ou documentar o conteúdo de conversações telefônicas ou entre pessoas presentes é muito difundido e comumente usada na sociedade.

A interceptação, em sentido amplo, significa a captação da comunicação entre duas pessoas, executada por terceiro, apresentando algumas distinções, haja vista as diferentes modalidades de captação eletrônica das provas, que são:

- a) interceptação telefônica *stricto sensu*;
- b) interceptação telefônica conhecida por um dos interlocutores, ou escuta telefônica.;
- c) interceptação de conversa entre presentes, ou interceptação ambiental;
- d) interceptação da conversa entre presentes conhecida por um dos interlocutores, ou escuta ambiental;
- e) aprovação da própria conversa telefônica, ou gravação clandestina e
- f) gravação de conversa pessoal e direta, entre presentes, ou gravação clandestina ambiental.

Importante frisar que as gravações clandestinas podem ser feitas através de telefone (gravações clandestinas propriamente ditas) ou então entre presentes (gravações ambientais).

A interceptação telefônica *lato sensu* compreende a atividade de um terceiro que detém na passagem a conversação desenvolvida entre dois interlocutores, enquanto as gravações clandestinas consistem em registros de conversas obtidas por um dos interlocutores.

Distinguem-se, *lato sensu*, as interceptações das escutas, porque nestas ocorre o consentimento de um dos interlocutores telefônicos.

A interceptação telefônica em sentido estrito significa a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o consentimento dos interlocutores. É o chamado “grampeamento”.

As interceptações telefônicas, propriamente ditas, ou interceptações *stricto sensu* diferenciam-se das interceptações ambientais, pois estas se realizam em relação a uma conversa entre presentes, sem interferência dos aparatos telefônicos.

Entende-se por interceptação ambiental ou interceptação entre presentes a captação sub-reptícia da conversa entre presentes, quando efetuada por um terceiro, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, com o desconhecimento destes.

Cumprе esclarecer que a interceptação de comunicações telefônicas foi regulamentada pela Lei nº 9.296/96 e a interceptação ambiental está prevista na Lei nº 10.217/2001.

Vale salientar que dependem de ordem judicial as interceptações de comunicações telefônicas e as interceptações ambientais, além da necessidade de preenchimento dos requisitos previstos nas leis.

3.2 Reflexões sobre a Lei nº 9.296/96

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, foi editada para regulamentar o inciso XII, parte final, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A referida lei determina que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal em instrução penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça. Consagra, também, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

A lei supramencionada vedou a realização de interceptação de comunicações telefônicas quando não existir indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal ou, então, for possível a prova ser colhida por outros meios disponíveis, considerando necessário à presença do *fumus boni iuris*, pressuposto determinante para todas as medidas de natureza cautelar.

Cumprе esclarecer, que somente será possível a admissão da interceptação quando o fato investigado consistir em infração penal punida com pena de reclusão.

As interceptações das comunicações telefônicas podem ser determinadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial, quando se tratar de investigação criminal, ou do representante do ministério Público, tanto investigação criminal, como na instrução processual penal.

O juiz terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre o pedido de interceptação de comunicação telefônica, inclusive informar em sua decisão a maneira como será realizada a diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias podendo ser renovado por igual período, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Ocorrerá autuação em autos apontados, objetivando a preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições.

Interessante frisar que após a edição da lei surge a discussão acerca da possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, haja vista que sua ementa menciona apenas a regulamentação do inciso XVI, parte final do art. 5º da CF/88.

Alguns doutrinadores como Damásio E. De Jesus, Luiz Flávio Gomes e Alexandre de Moraes entendem que não existe inconstitucionalidade no disposto da lei ao ampliar a interceptação aos sistemas de informática e telemática, entretanto ainda existem divergências

sobre o assunto.

O questionamento existente sobre a possibilidade ou destes meios de prova, e, sobre sua licitude, desde que realizado após a edição da lei, não contempla efeito retroativo.

Diante do exposto, observa-se que esta lei tem por objetivo solucionar as divergências existentes por ocasião da apuração do crime e da descoberta da autoria, quando for necessária a interceptação telefônica.

CONCLUSÃO

O princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos vem previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no artigo 5º, inciso LVI, ao dispor que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*, como sendo um direito fundamental da pessoa humana.

Com a vigência da Carta Magna pode-se afirmar que são inadmissíveis no processo tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, como as provas ilícitas, colhidas com violação as normas de direito material.

As provas ilícitas não podem ser utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, salvo as exceções atribuídas pela doutrina e pela jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal compreende que a prova com violação a direitos fundamentais do réu ou de terceiros pode ser utilizada quando for aplicada para favorecer o réu, e que se justifique na teoria da proporcionalidade.

Excepcionalmente, a teoria da proporcionalidade tem aceitado as provas ilícitas quando ocorrer fatos de extrema gravidade, que justifiquem o equilíbrio entre os valores fundamentais oponentes, visando favorecer ao réu, tendo em vista o princípio da inocência.

Importante dizer que a teoria da proporcionalidade encontra limites, haja vista que não pode transgredir o princípio da inadmissibilidade das provas colhidas por meios ilícitos.

A Carta Magna não afasta bruscamente nenhuma corrente jurisprudencial e doutrinária, pois os direitos e garantias fundamentais não podem ser tolhidos de modo a serem absolutos.

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas apresenta como exceção a prova *in dubio pro reo*, buscando assim o equilíbrio do ordenamento jurídico, visando atingir o Estado Democrático de Direito.

A prova ilícita não apresenta idoneidade jurídica para convencer o julgador ao sentenciar, motivo pelo qual deve ser desprezada, para não causar prejuízo na apuração da verdade, e objetivando assim o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada em face das Leis 9.296/96 e

10.217/2001 e jurisprudência - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 5. edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8. edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Tendências jurisprudenciais penais. prova ilícita: direito à exclusão dos Autos do Processo (exclusionary rule)*. Revista dos Tribunais. Ano 92. Volume 809 - Março de 2003, páginas 471 a 484.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HABIB, Sérgio, DOTTI, René Ariel, AZEVEDO, Raul Livino Ventim de. *Grampo telefônico*. Revista Jurídica Consulex. Ano VII nº 148. 15 de março de 2003, páginas 16 a 20.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. 2. tiragem - revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LESSA, José Sebastião. *Questões de direito. prova obtida por meios ilícitos*. Revista Prática Jurídica. Ano II - nº 13 - 30 de abril de 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo penal*. 10. edição revista e atualizada - São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Lumen Júris, 2004.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2003, v.1.

