

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Aluno: Diego Luís De Castro

Trabalho apresentado na
disciplina de Direito Processual
Penal I, ministrada pelo professor
Evandro Weisheimer.

Lajeado, novembro de 2007

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1 AS PROVAS ILÍCITAS	4
2 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFONICAS	9
2.1 Interceptação telefônica em sentido estrito.....	9
2.2 Escuta telefônica.....	9
2.3 Interceptação ambiental.....	9
2.4 Escuta ambiental.....	10
2.5 Gravações clandestinas.....	10
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	13
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	14

INTRODUÇÃO

A metodologia a ser utilizada para o desenvolvimento deste trabalho é a de coleta, armazenamento e análise desde jurisprudências aos ensinamentos dos doutrinadores em suas mais diversificadas obras ou artigos, juntamente com as normas legais que concernem ao tema.

As provas ilícitas sempre foram motivos de muita discussão dentro do Direito Processual Penal Brasileiro, eis que existem vários modos para a sua caracterização.

Diante de tantas críticas tentarei expor de algum modo o significado que as provas ilícitas tem no processo penal e as garantias constitucionais que de algum modo geram a grande polêmica sobre quando venhamos a falar em provas ilícitas.

Portanto serão descritas e analisadas as idéias de doutrinadores conhecidos dentro do sistema jurídico brasileiro, para que se possa trazer uma grande contribuição ao entendimento do assunto no grande grupo.

1 AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Conforme o artigo 5º, LVI, da nossa Constituição Federal, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos. A prova ilícita, ou, para usar os dizeres da nossa Carta Política, aquela obtida por meios ilícitos, esbarra na vedação da lei material (penal ou constitucional, por exemplo) ou da lei processual (civil ou penal).

Fala-se, então, na doutrina, em prova ilícita como sendo aquela que viola norma de direito material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção.

Segundo Capez, (2001, p. 31), “as provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ato ilícito penal, civil ou administrativo”.

A Constituição brasileira toma posição firme, aparentemente absoluta, no sentido da proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, licitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.

Então ficam assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, da transmissão telegráfica e de dados e com a captação não autorizada judicialmente das conversas telefônicas, com violação do domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre para prestar socorro ou determinação judicial, com violação de intimidade, como as fonografias, de fitas gravadas de contatos em encontros de caráter privado e sigiloso, com abuso de poder, como a tortura e como a prática de outros ilícitos penais como furto, apropriação indébita, violação de sigilo profissional.

No exame das provas ilícitas, a doutrina dominante vem firmando orientação no sentido de que tal modalidade de prova não pode jamais ser admitida no processo, pouco importando a sua relevância para o deslinde da causa penal. Sacrifica-se, nesse passo, o princípio da verdade real em favor da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito. Ainda que em jogo apuração de infração penal da maior gravidade, não poderá o juiz valer-se, em hipótese alguma, de prova obtida por meio ilícito para condenar o réu, embora nela reste evidenciada, sem sombra de dúvida, a culpabilidade do imputado.

Mais está havendo um entendimento da doutrina nacional e estrangeira, de que é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando pelo próprio interessado, (como a de gravação de conversação telefônica, em caso de extorsão).

Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto à admissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida pelo resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova ilícita (Capez, 2001).

Esse princípio da proporcionalidade em que Antonio Scarance Fernandes nos diz, vale-se a "teoria do sacrifício", segundo o qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que parece ser o mais importante. Além disso, seria inadmissível a prova ilícita em favor do réu, quando a única possível, entendimento do Supremo Tribunal Federal conforme jurisprudência transcrita a baixo:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição" (STF, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12.05.2000, pág. 20).

Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez referência expressa à utilização do princípio da razoabilidade em um de seus acórdãos:

Certo, outro sim, que ante a natureza do crime de extorsão mediante seqüestro - crime formal e complexo - se justificava pelo princípio da razoabilidade a escuta telefônica e gravações levadas a efeito como preleciona o ilustre GOMES FILHO em sua obra Direito à Prova no Processo Penal, Edição 1997 "(TJ-RJ, Apelação n° 3.148/2000, Rel. Des. José Carlos Murta Ribeiro, Revista de Direito do T J-RJ n° 51, abril/junho de 2002, págs. 359/368)".

Em função de tal compreensão da matéria, tornou-se possível à construção doutrinária e jurisprudencial que envereda pelo caminho de proibir, também, a prova ilícita por derivação. A admissão das provas ilícitas derivadas quando sua exclusão tornar impossível a verificação da existência do crime conflita diametralmente com o disposto no art. 5º, inc. LVI, da CF (que diz serem inadmissíveis as provas ilícitas). Essas provas não só devem ser excluídas do processo (*exclusionary rules*), como delas o juiz que vai julgar o caso não pode ter conhecimento, sob pena de contaminação irreversível.

Trata-se de elaboração cunhada pela Suprema Corte Americana, conhecida como a doutrina do *Fruit of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), pela qual o veneno da árvore contamina seus frutos. Segundo tal entendimento, embora a prova colhida no processo seja lícita, ela deriva de uma outra obtida por meio ilícito. É o caso, por exemplo, onde um policial faz uma interceptação telefônica por sua conta, sem autorização judicial. Essa prova é ilícita. Por meio dela descobre que vai haver entrega de um kilo de cocaína. Vai ao local e faz a prisão do traficante assim como a apreensão da droga. A prova primeira é ilícita. Dela derivaram outras provas (prisão, apreensão etc.).

Abaixo uma jurisprudência do STJ, sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada:

DIREITO PENAL - HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - SONEGAÇÃO FISCAL - ART. 1º, 11, DA LEI Nº 8.137/90 - ILICITUDE DA PROVA - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO: NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - INÉPCIA DA DENÚNCIA - DESCABIMENTO EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVOSOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL E DA PRESCRIÇÃO - ART. 116, I, DO CP.

1. Em sede de habeas corpus, saber-se se o material probatório carreado aos autos foi obtido de forma indevida, contraria os ditames constitucionais, bem como seserá, eventualmente utilizado como supedâneo de um decreto condenatório, implicaria em um mesmo momento violar duas normas constitucionais. A primeira que inviabiliza a utilização do remédio heróico como meio para se obstaculizar o manejo da ação penal, o que só é admitido excepcionalmente naquelas hipóteses estritas que não se apresentam, bem como o princípio do juiz natural, vez que, estaria esta Corte se substituindo à manifestação do Juízo de primeiro grau, sem que tivesse este tido a oportunidade de realizar o balanceamento das provas, acarretando uma supressão de instância.

2. Afigura-se também impossível, na via estreita do writ, analisar a questão da ilicitude por derivação levantada, em vista da impossibilidade de realizar qualquer dilação probatória por este meio. Improsperável o argumento de inépcia da exordial acusatória, porquanto, de sua leitura (fls. 67/70), infere-se que vem esta revestida da justa causa formal, descrevendo fato típico e antijurídico, consagrado no ordenamento jurídico pátrio.

3. A conclusão do procedimento administrativo fiscal não é condição de procedibilidade das ações penais instaurados por crime contra a ordem tributária. Todavia, a procedibilidade autônoma, que diz respeito ao curso procedimental, não se confunde com condenação autônoma, visto que, se inexistir a conformação legal e material do tributo, não poderá haver crime de sonegação fiscal de obrigação tributária não nascida ou crédito pertinente excluído, ou seja, não se pode admitir a condenação em processo criminal pela prática de qualquer um dos delitos tipificados no art. 1º da Lei nº 8.137/90 antes da confirmação da efetiva ocorrência de sonegação fiscal, que é o objeto material do tipos e deve ser apurada em procedimento administrativo fiscal onde se proporcione direito de defesa ao contribuinte;

4. O recurso administrativo é questão prejudicial heterogênea, condicionante do reconhecimento ou não do tipo penal imputado ao paciente. Nessa ordem de idéias, ao fazer o inciso I, do art. 116 do Estatuto Repressivo referência à figura do - processo -, quer dizer que, no hodierno contexto constitucional, deve ser o termo entendido como abrangente do processo judicial e administrativo, a teor do art. 5º, LV, da Carta Magna, admitindo-se portanto que possa o processo administrativo em curso, ter o condão de gerar a suspensão da prescrição penal.

5. Sendo, eventualmente, bem sucedido na órbita administrativa, por estar amparado por uma decisão judicial que suspendeu o curso da ação penal, o paciente não terá quaisquer direitos prejudicados designadamente, o do art. 34, da Lei nº 9.249/95 pois, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se posicionar na direção de que, excepcionalmente, o pagamento após o recebimento da denúncia, sendo o quantum conhecido em época posterior, pode gerar a extinção da punibilidade, sendo o réu intimado para o recolhimento respectivo (STJ, RIIC nº 7155/SP).

6. Neste panorama processual, em síntese, resta assentado, por um lado que não pode ser o paciente prejudicado em seu direito de debater na esfera administrativa se é ou não devedor do crédito reclamado, para que possa, sendo o caso, invocar a norma do art. 34, da Lei nº 9.249/95; por outro lado, também não pode a Sociedade na figura do Ministério Público ser alijada da possibilidade de deflagrar uma ação penal em razão de um pretense crime fiscal que teria se consumado, o que poderia ficar

comprometido pela ocorrência superveniente da prescrição da pretensão punitiva.

7. Ordem parcialmente concedida para determinar o sobrestamento da ação penal bem como da respectiva prescrição, até que seja ultimado o procedimento administrativo fiscal, resguardando-se ao Juízo a livre apreciação de todo o procedimento quando do prosseguimento da ação penal.

Abaixo jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a contaminação de prova a partir de origem de prova ilícita:

TÓXICO - Uso próprio - Prova ilícita - Guardas municipais que, a mando de autoridade policial, ingressaram na residência do acusado e procederam à busca e apreensão de substância tóxica Inadmissibilidade - Atividades de exclusiva atribuição da Polícia Militar e Civil - Prova inidônea originária a contaminar as demais dela decorrentes - Rejeição da denúncia mantida - Aplicação dos artigos 5º, LVI, 30, V, e 148, § 8º, da Constituição da República e artigo 43, 111, do Código de Processo Penal - Recurso não provido. (TJ-SP, Recurso em Sentido Estrito n. 322.030-3/6 - Itu - 3ª Câmara Criminal Relator: Gonçalves Nogueira - 30.04.02 - V.U.)

2 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS COMO PROVAS ILÍCITAS

Primeiramente vejamos a classificação das interceptações de comunicação telefônica, segundo Fernando Capez.

2.1 Interceptação telefônica em sentido estrito:

Consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o reconhecimento dos interlocutores, mais conhecido como "grampeamento".

2.2 Escuta telefônica:

Ocorre quando um terceiro capta a conversa, com o consentimento de apenas um dos interlocutores (muito usado por familiares de vítima seqüestrada, que autorizam a polícia a ouvir sua conversa com o seqüestrador);

2.3 Interceptação ambiental:

É a captação da conversa entre presentes, efetuada por terceiros, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores sem o conhecimento por parte destes;

2.4 Escuta ambiental:

É a interceptação de conversa entre presentes, realizada por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns;

2.5 Gravações clandestinas:

É a praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa (telefônica ou não), sem o conhecimento da outra parte.

Antes de da Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, o STF considerava inconstitucional as provas obtidas por meio de escuta telefônica, ainda que autorizada pela justiça, é que de acordo com o art. 5º, XII, da Constituição Federal, o sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser quebrado quando presentes três requisitos: ordem judicial autorizadora; finalidade de colheita de evidências para instruir investigação criminal ou processo penal; existência de lei prevendo as hipóteses em que a quebra será permitida. Como não existia nenhuma lei antevendo os casos de violação do sigilo, juiz nenhum poderia autoriza-la.

Mais com a entrada em vigor da Lei. 9.296, de 24 de julho de 1996, cessou a discussão, pois o novo texto disciplinou a interceptação de conversas telefônicas. Agora o juiz pode autorizar a quebra de sigilo de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou autoridade policial, mas somente quando estiverem presentes os requisitos: indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; não houver outro meio de se produzir a mesma prova; e o fato for punido com pena de reclusão.

Assim Capez (2001, p. 37), nos diz que "não poderá ser autorizada judicialmente à diligência, quando a finalidade for extra penal, ou quando se tratar de contravenção penal ou crime apenado com detenção, ficando claro também seu caráter subsidiário, somente tendo lugar quando não for possível nenhum outro meio de formação do conhecimento".

Portanto, a interceptação em sentido estrito, a gravação clandestina e a escuta telefônica, quando feitas fora das hipóteses legais ou sem autorização judicial, não devem ser admitidas, por afronta ao direito à privacidade.

Também antes da Lei número 9.296, de 24 de julho de 1996 que disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas, a 6ª turma do STJ, contrariou a orientação do STF que dizia, que enquanto a matéria não fosse regulamentada pelo legislador ordinário, deveria ser considerada inconstitucional toda e qualquer prova obtida por meio de escuta telefônica ainda que autorizada pela justiça. Vejamos o parecer do STJ:

Decidiu que, havendo expressa autorização do juiz, e contanto que esta autorização "não seja dada fora dos princípios lógicos", é perfeitamente viável a aceitação da prova obtida mediante interceptação telefônica, uma vez que a exigência constitucional de lei estabelecendo as hipóteses de restrição ao sigilo "só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e que cairia em outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger uma marginal. Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do juiz, dentro de seu equilíbrio, da sua isenção, porque o juiz também é humano, e percebe as coisas fora do processo" (a decisão foi proferida nos autos do HC 3.982/RJ, em 5-12-1995 e teve como relator o Min. Adhemar Maciel, encontrando-se publicada no DJU, 26 de fev. 1996, p. 4084).

Confira o acórdão em sua textualidade:

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, 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 e 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 ilicitamente obtidas' (*exclusionary rufe*) também lá pede temperamentos "(ST J, 6ª Turma, HC 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26.02.1996, pág. 4084)".

Outro grande problema é o sigilo de correspondência telegráfica e epistolar, que em tese, jamais admitiria violação, pois a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XII, somente prevê a possibilidade para as comunicações telefônicas. Mais segundo Canotilho (2001, p. 39), não existe liberdade individual que seja absoluta, sendo necessária à interceptação harmônica das normas constitucionais.

Dessa forma o Supremo Tribunal Federal deu um parecer sobre o assunto, vejamos:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública ou disciplina prisional, desde que respeitada a norma inscrita no artigo 41 parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, pode proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, 1ª Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJU, 24 de junho de 1994).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob pena de serem abalados os pilares do Estado Democrático de Direito, onde a violação do direito de um dos indivíduos da sociedade, fatalmente levará à violação do direito de todo o grupo, acho que deveria prevalecer o interesse público em primeiro lugar, como por exemplo, se fosse uma prova ilícita fosse para garantir o bem comum na sociedade, deveria ser admitida sem dúvida alguma.

Mais se de outro modo como retratam os nossos doutrinadores, houver apenas essa prova ilícita, sem outra prova suficiente para provar um determinado crime, quando esta for à única possível, acho certo que essa prova não possa ser admitida contra o réu.

Assim concluo este trabalho, com a certeza de que as provas ilícitas ainda vão gerar muitas contestações dentro do direito processual penal brasileiro, mais com a ajuda de algumas jurisprudências, deverá amenizar tais conflitos que ainda possam ocorrer sobre este tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed., Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. 30. ed. São Paulo: 2003.
- BRASIL, **Código de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: 2004.
- T J, site do **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. www.tj.rs.gov.br.
- T J, site do **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. www.tj.ri.gov.br.
- T J, site do **Tribunal de Justiça de São Paulo**. www.tj.sp.gov.br.
- STF, site do **Supremo Tribunal Federal**. www.stf.gov.br.
- ST J, site do **Superior Tribunal de Justiça**. www.stj.gov.br.